

# حق التملك الجبرى

دراسة مقارنة  
بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

الكتاب الأول



دكتور

عطية فتحى الفقى

دكتوراه فى الفقه المقارن  
كلية الشريعة والقانون  
جامعة الأزهر

دار شتات للنشر والبرمجيات

مصر



دار الكتب القانونية

مصر



# حق التملك الجبرى

دراسة مقارنة  
بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى  
الكتاب الأول

دكتور  
عطية فتحى الفقى

دكتوراه فى الفقه المقارن  
كلية الشريعة والقانون  
جامعة الأزهر

دارشقات للنشر والبرمجيات  
مصر

دار الكتب القانونية  
مصر

سنة النشر

2011

رقم الإيداع

21989

I.S.B.N الدولي

978 - 977 - 386 - 364 - 1



## دار الكتب القانونية

الفرع الرئيسى :

مصر - المحلة الكبرى - السبع بنات 24 شارع عدلى يكن  
ت : 0020402224682 فاكس : 0020402220395  
محمول : 0020123161984 0020105020737

الفروع :

القاهرة - 38 شارع عبد الخالق شروت - الدور الثالث  
ت : 0020223911044 فاكس : 0020223958860  
محمول : 0020122212067 0020103474690

المطابع :

مصر - المحلة الكبرى - السبع بنات 24 شارع عدلى يكن  
ت : 0020402227367 فاكس : 0020402220395

Website : [www.darshatat.com](http://www.darshatat.com)

E-Mail : [info@darshatat.com](mailto:info@darshatat.com)

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الأدبية والفكرية محفوظة  
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنفيذ  
الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على شرائط أو  
أحزمة إسطوانات كمبيوترية أو برمجته على  
إسطوانات ضوئية إلا بموافقة المؤلف والنشر خطياً.

### EXCLUSIVE RIGHTS BY THE AUTHOR

No part of this publication may be translated,  
reproduced, distributed in any form or by  
any means, or stored in a data base or  
retrieval system, without the prior written  
permission of the author and the publisher.

### DROITS EXCLUSIFS A L'AUTEUR

Aucune partie de cette publication nui être  
traduit, reproduit, distribué dans tout ou par  
des moyens de fourmls, ou stockées dans une  
base de données ou de récupération de  
système sans l'autorisation écrite préalable  
de l'auteur ou l'éditeur.

## اسم الكتاب

حق التملك الجبرى

دراسة مقارنة

بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

دكتور

عطية فتحى الفقى

دكتوراد فى الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا

إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ »

صدق العظيم

" سورة البقرة - جزء من آية (32) "



## الإهداء

• إلى صاحب الخلق العظيم الذى أرسله ربه رحمة للعالمين، فأخرج الناس

من الظلمات إلى النور - إلى رسول الله - محمد - صلى الله عليه وسلم .

• إلى من أمرت أن أخفض لهما جناح الذل :

**والدتي** : أطال الله بقاءها ومتعتها بالصحة والعافية .

وجزاها عني خير الجزاء وجعلني من صالح عملها .

**والدي** : طيب الله ثراه وبوأه منازل رضاه وجعل الجنة مثواه .. " آمين "

• إلى من جعل الله بيني وبينها سكنا ومودة ورحمة .

• إلى ثمرة الفؤاد وقرّة العين وفلذة الكبد [ فتحي - محمد - أحمد ] .

• إلى أساتدتي وشيوخى وإخواني وكل من قدم لى يد العون والمساعدة .

• إلى كل من رضى بالله ربا وبالإسلام ديناً وبمحمد - صلى الله عليه وسلم -

نبيا ورسولا .

• إلى كل من يهيمه صلاح المجتمع ويعمل على تطبيق شرع الله من حاكم

ومحكوم .

**المؤلف**



## شكر وتقدير

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾

"سورة النمل آية 19 "

بعد شكر ربى عز وجل على ما أنعم به علي وعلى ما أحاطني به من عناية

أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى الأستاذين العالمين الجليلين الكريمين :

فضيلة الأستاذ الدكتور / لاشين محمد يونس الغياثي

وفضيلة الأستاذ الدكتور / ناصر أحمد النشوى

صاحبى القلب الطيب والأدب الجم والخلق الرفيع ،على ما لمسته فيهما من حنان

الأبوة ، وما بذلاه من جهد وتوجيه طوال فترة الإشراف على هذه الرسالة حتى

خرج هذا العمل إلى النور .

فكم أسديا لى كل نصيح وتوجيه ، ولم ييخلا تجاهي من فيض علمهما

وملاحظاتهما التى كانت كالبلسم الشافي ، وإن دل هذا فإنما يدل على عظيم كرمهما

وسعة أفقهما ، وغزارة علمهما .

أسأل الله عز وجل أن يجعل ذلك فى ميزان حسناتهما " يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضراً ..... " (1) .

وأن يبارك في عمرهما ، وذريتهما ، وأن يجزيهما عنى خير الجزاء ، وأن ينفع بهما الإسلام ، والمسلمين ، والعلم وطلابه فى كل زمان ومكان .

كما أتقدم بخالص شكري إلى أساتذتي فى كلية الشريعة والقانون بطنطا الذين تعلمت على أيديهم ، ونهلت من علمهم ،

وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور / إسماعيل عبد النبى. شاهين ،  
والأستاذ الدكتور / حامد عبده الفقى .

وإلى كل من سهل لى طريقاً أو ساعدنى حتى خرج هذا البحث ، فجزاهم الله عنى خير الجزاء .

**وكل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه**

**المؤلف**

---

(1) جزء من الآية رقم 30 من سورة آل عمران .

# بسم الله الرحمن الرحيم

## المقدمة

### أولاً : الإفتتاحية :

الحمد لله العادل فى حكمه البر الجواد ، الهادى إلى سبيل الرشاد ، الذى بنعمته تتم الصالحات ، خلق الإنسان وسخر له كل الكائنات ، وأسبغ عليه نعمه الظاهرات والباطنات شرع الأحكام لعباده بكتاب مبين ، وأبقى شرعه إلى يوم الدين ، فأتم عليهم النعمة ورضي لهم الإسلام ديناً ، فقال سبحانه وتعالى : ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ <sup>(1)</sup> .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، الذى من توكل عليه كفاه .

وأشهد أن سيدنا محمداً عبد الله ورسوله ، الذى اختاره الله على جميع خلقه واصطفاه فأرسله بشريعة تمتاز على غيرها من الشرائع بأنها ، عقيدة ، وشريعة ، ودين ، ودنيا وعبادة ، ومعاملة ، صالحة لكل زمان ومكان .

اللهم صل عليه وسلم وبارك وعلى آله وأصحابه للنقات النقا ، صلاة ينال بها قائلها فى الدنيا والآخرة جميع ما يتمناه ، وعلى أتباعهم والمجتهدين من أمته الذين بنوا قصارى جهدهم فى استخراج كنوز الشريعة الغراء ، وعلى كل من سار على دربهم ونهج نهجهم إلى يوم الدين وبعد :

فإن الإسلام دين الله الخالد وشريعته الباقية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، فيه عز المسلمين وتقدمهم إذا اتبعوا طريقه واعتمدوا منهجه وسلوكوا سبيله ، ولذلك لم يترك الله عباده هملاً ينظمون حياتهم ومعاملاتهم بمقتضى عقولهم ونظريات أفكارهم ، وإنما أرسل لهم الرسل مبشرين ومنذرين ، وكان خاتم الرسل محمداً - صلى الله عليه وسلم - فقد أرسله الله بشريعة خالدة عامة لجميع الناس ،

---

(1) جزء من الآية رقم 3 من سورة المائدة .

فقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا ﴾ (1) ولم يترك الإسلام للناس الاختيار فى تطبيق الشريعة والعمل بها ، وإنما ألزمهم بذلك إلزاماً فقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُمْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴾ (2) .

والناس فى حياتهم اليومية لا يمكنهم الاستغناء عن التعامل فيما بينهم ، إذ الإنسان مدني بطبعه، ومن أجل ذلك نجد الشارع الحكيم يأمر بالوفاء بالعقود والعهود ، وحسن المعاملة .

وأن يكون شعار المسلمين التعاون على البر والتقوى ، وأن نأخذ بيد الضعيف، ونحسن إلى الفقير ، ونواسي المصاب ، فهذه هى شيم المجتمع الإسلامى الذى يرقى بأخلاقه ومعاملاته ، والشريعة الإسلامية كفيلة بتحقيق مصالح الناس فى كل زمان ومكان ، من حيث أنها خاتمة الشرائع ومصدرها الوحي الإلهى .

والفقه الإسلامى بما فيه من مرونة وحيوية قادر على أن يولج كل مشكلة ، ويحل كل عقدة ، فمهما تجددت الحوادث ، وتعددت المشاكل ، وتطورت الصناعات والعلوم ، وتشعبت مذاهب الحياة واختلفت طرائق العيش ومسالك التفكير ، فإن المسلمين لا يعوذهم أن يجدوا فى شريعتهم لكل حادثة حكماً يستفاد من كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم أو يوخذ بطريق التأمل فى روح الشريعة ، وتكبر ما تقضى به أغراضها .

إلا أن النفوس البشرية مطبوعة على حب للتراث والرغبة فى التسلط والهيمنة، فلو ترك الناس وشأنهم فى مناحى الحياة ، ولم توضع لهم النظم الصالحة التى تقوم بتنظيم العلاقات والروابط فيما بينهم على وجه من الخير والمصلحة للجميع : لسادت الفوضى واضطربت الحياة ، وتسلط الغنى على الفقير ، والقوى على

---

(1) جزء من الآية رقم 28 من سورة سبا .

(2) جزء من الآية رقم 36 من سورة الأحزاب .



الضعيف ، ولا يستطيع صاحب الحق إن كان ضعيفاً أو فقيراً من أخذه أو الوصول إليه ، لذلك وضع الفقهاء للمسلمون أحكاماً شرعية مستنبطة من الكتاب والسنة تبيح لمن كان له حق عند آخر أن يملكه جبراً عنه إذا لم يستطيع الوصول إليه إختياراً.

ولما كان من الواجب على أبناء الدراسات الفقهية أن يذلوا الجهد ويستقروا الوسع فى استخراج كنوز شريعتنا الغراء ، وإثبات قدرتها على الحياة صالحة لكل زمان ومكان حتى يرث الله الأرض ومن عليها ، وذلك بدراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بين المذاهب المختلفة بعضها ببعض ، أو بمقارنة المذاهب الفقهية بالقوانين الوضعية ، للعمل على إنشاء قانون من هذا الفقه محقق لحاجات العصر حال لمشاكله العديدة المختلفة ، خاصة وأن الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية والتي ينادى بها المخلصون من أبناء هذه الأمة ليست مجرد حنين إلى الماضى ، بل تمثل استرداد لذاتنا الإسلامية ، والفقه الإسلامى لاشك أنه جزء من هذه الذات ، لما كان كذلك ، ولكن التملك الجبرى بهذه الأهمية فقد أوردت الإسهام بلجنة متواضعة فى هذا الصرح الشامخ ، عن طريق تقديم دراسة متخصصة لبيان حق التملك الجبرى وجملته موضوع بحثى لنيل درجة العالمية - للدكتوراه - فى الفقه المقارن وهو بعنوان ( حق التملك الجبرى - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى )

### ثانيا : أهمية موضوع البحث وأسباب إختياره :

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالمال أيما اهتمام ، لماله من أهمية بين الناس حيث هو عصب الحياة ، ومن أجله يسعى الناس ويكدون ، ويتقاربون ويختلفون ، فبينت طرق كسبه الحلال ونهت عن كسبه الحرام .

ولقد نظم الإسلام وسائل الحصول على المال بما يشبع فطرة الإنسان الطبيعية، لأن غريزة التملك هى أقوى الغرائز الإنسانية ، إذ لا بقاء للإنسان بغير شيء يملكه، فالرغبة فى التملك هى سر الحركة فى الحياة ، وهى الموجه إلى كل ميادين العمل والإنتاج .

ولقد دعا الإسلام أتباعه إلى الكسب الطيب ، وأن يستعمل ويستغل ما أناء الله فيما يعود عليه وعلى مجتمعه بالنفع ، فالتملك له أسباب قد يكون اختيارا وقد يكون إجباراً .

فلا يختلف مذهب فقهي ولا قول قانوني في أن الوفاء بالدين واجب على المدين ، إلا أنه قد يكون اختيارا عن رضا وطيب نفس من المدين ، وقد يكون إجبارا عن قهر منه ودون رضا ، لأن الإسلام يحترم الملك وحافظ عليه وأمر المسلم بالحفاظ عليه والدفاع عنه إذا سلب منه وأمره أن يطالب بحقه بالرضا ، فإذا لم يستطع أخذ حقه بالرضا كان عليه أن يرفع أمره للقضاء ليأخذ حقه عن طريق الجبر .

ومن المقرر في الشريعة الإسلامية أنه إذا ثبت للملك بسبب من أسبابه المباحة لا ينتقل إلا برضا صاحبه بعدد من العقود للنقل للملكية .

فالقاعدة العامة أنه لا يجبر شخص في حياته على نقل ملكه إلى غيره ، ولكن هناك حالات استثنيت من هذه القاعدة ينقل فيها الملك من غير رضا صاحبه لضرورة تدعو إلى ذلك ولقد ألغت الشريعة الإسلامية اعتبار الرضا في أحوال متعددة مراعاة لمصلحة عامة أو فردية غالبية ، إما لدفع ضرر خاص يلحق شخصا آخر بفوق الضرر الذي يلحق صاحب الملك ، لأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، ولأن الضرر يدفع بقدر الإمكان ، أو تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة عند التعارض ، ومن أمثلة ذلك :

جبر المدين المماطل على دفع ما عليه من دين للغير عن طريق بيع ماله جبرا عنه وإذا كان الإسلام أباح التملك إذا كان عن طريق حلال فنهى عن التملك بطريق حرام . كأكمل الربا ، وأكل أموال الناس بالباطل ، من رشوة أو كسب حرام من إحتكار ملعون الذي يثرى صاحبه على حساب البائسين الضعفاء والمحاويج من الناس . فمن يستخدم أمواله في الإحتكار ولتتهاز القرص فإنها تؤخذ منه جبرا عن طريق إجبار الحاكم له على بيع ما احتكره ويتملك المجتمع أو من هو في حاجة

إلى السلعة جبراً عن المحتكر ، وكذا التسعير الجبرى دفعا للظلم ، وإجبارا للتجار على العدل ، والإجبار على البيع للنفقة الواجبة .

وكثيرا ما تنشأ خلافات بسبب معاملة المدين وعدم الوفاء بالدين فرأيت أن هذا الموضوع ذو أهمية بمكان ، وقصدت الخوض فى بيان كيف يستطيع الدائن أن يحصل على حقه جبرا عن مدينة ويملكه قهرا عنه بواسطة القضاء عن طريق الحجر على المدين ومنعه من التصرف وبيع ماله للوفاء بديونه ، أو عن طريق الظفر بحقه المجود الذى ليس له بينة تثبته ، أو الإجبار على رد الودائع والعوارى واللقطة والمسروق .

وأیضا كثيرا ما تنشأ خلافات بين الجبران حول حقوق الارتفاق من مجرى أو مسيل أو مسقى أو مرود ، وحق الجار فى تملك ذلك جبرا عن المالك ، وكذا الأخذ بالشفعة حتى يستطيع الجار أو الشريك أن يأخذ المبيع من المشترى جبرا عنه .

وقد تحتاج الدولة إلى بناء مستشفى أو مسجد أو توسيع طريق فتأخذ ملك الغير جبرا عنه أو تأخذ الدولة الأرض ممن امتنع من إعصارها وتنفقها لغيره لمن يقوم بالأعمار ، وغير ذلك من الصور والموضوعات التى ستظهر من خلال ثنايا البحث.

ولما كان لهذا الموضوع من اتجاهات كثيرة فى الحياة العملية التى يحتاج إلى معرفتها ومعرفة أحكامها كثير من الناس قصدت توضيح ذلك فقها وقانونا ، وإن كان الفقهاء المسلمون قد اعتنوا بهذا الموضوع عناية بالغة ، إلا أنهم لم يتناولوه على حدة ، بل تناثرث أحكامه وجزئياته بين كثير من أبواب الفقه ، فلم تجمع فى تنظيم موحد بهذه الصورة ، إلا بحثا بسيطا متواسعا وجنته فى مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة الحادية عشر العدد الرابع والأربعون ( حق التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى ) د / حسين سمرة ، مع أن هذا البحث بالغ الأهمية ، ونطاقه يشمل أمورا كثيرة ، ويندرج تحته كثير من الموضوعات التى لا غنى للباحثين والدارسين والقضاة وغيرهم من معرفة أحكامها .

فأردت أن أبسط الأحكام ولجمع الآراء وأعرضها بصورة مبسطة سهلة ميسورة، لكي يسهل على الناس الرجوع إليها والاستعانة بأحكامها ، قاصدا بهذا العمل أن أضيف إلى المكتبة الإسلامية ثمرة جهدى هذا ، قاصدا منه النفع العام راجيا المولى عز وجل القبول إنه نعم المجيب .

### ثالثا : منهجى فى البحث :

بفضل الله وعونه وضعت منهجا لأسير عليه فى معالجة هذا الموضوع ، وراعى فيه أن يكون قد سما لخطا منهج البحث العلمى ويتمثل فى الخطوط التالية:

1- عرضت لهذه الدراسة بتقديم الفقه الإسلامى . ببيان مواضع اتفاق الفقهاء وكذا موضع الخلاف مع ذكر آراء الفقهاء والصحابة والتابعين كلما أمكن ذلك ، وبيان أدلتهم ومناقشاتها وترجيح ما قوى دليله أو لتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة دون التحيز لمذهب معين أو التوقف عند تساوى الأدلة فى نظرى ، وذلك بصدد كل مسألة من مسائل البحث .

واتبعت ذلك ببيان موقف القانون الوضعى ( المدنى ، الجنائى ، الإدارى ، المرافعات التنفيذ ) فى كل مسألة . ثم عقد الموازنة بين موقف القانون الوضعى والفقه الإسلامى . لا لعقد المقارنة بينهما لأن الفقه الإسلامى لا يقارن بغيره ، لأنه مستمد من شرع الله الحكيم ، أما غيره فهو من وضع البشر ، ولكن الهدف من الموازنة هو تقريب وجهات النظر ، وبيان مواطن الاتفاق والاختلاف وما الواجب اتباعه فى هذه المسألة .

2 - الالتزام بالموضعية المطلقة البعيدة عن أى هوى أو تعصب من أجل الوصول إلى الحق .

3 - الرجوع فى كل مسألة إلى كتب الفقهاء القدامى لتوثيق الأقوال ، وبيان المصادر الأصلية كلما أمكن ذلك إذ أن أخذ الشيء من منبعه أدق وأولى ، مع

ذكر أسم المرجع فى الهامش ورقم الصفحة والطبعة ، وإن اختلفت الطبعة  
ذكرت ذلك وأُشرت إليه .

وأما الكتب الفقهية الحديثة فقد استخدمتها استثناسا أو تقوية لبيان فكرة جديدة  
فى مسألة ما .

4 - الرجوع إلى الكتب القانونية القديمة والحديثة وأراء جمهور شراح القانون فى  
مصر الذين تكفلوا بشرح القانون الوضعى ، وكذا الإشارة إلى أحكام محكمة  
النقض المصرية ومحكمة الاستئناف لبيان حكم فى المسألة محل البحث كلما  
أمكن ذلك ، وهذه العلامة / تفصل رقم المادة عن رقم الفقرة فمثلا 147 / 1  
(أى المادة 147 الفقرة الأولى) .

5 - نظرا لطول البحث لم أذكر النقول الفقهية والقانونية إلا نادرا ، بل  
اكتفى بالإحالة إلى موطن المسألة محل البحث فى الكتب الفقهية والقانونية بعد  
صياغتها بأسلوب سهل ميسر .

6- ترقيم الآيات القرآنية الكريمة وعزوها إلى موضعها ضمن سور القرآن الكريم

7- مراجعة كتب التفسير والأحكام إن دعت الحاجة إلى تعليق والإشارة إلى ذلك.

8- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة ، والآثار تخريجا علميا وفق الأصول المعتمدة  
فى ذلك ، وحسب ما وضعه علماء الحديث معتمدا على الكتب الصحاح والمسنن  
مع بيان مكان الحديث أو الأثر بها ، ودرجته كلما أمكن ذلك ، حتى يطمئن  
القارئ إلى سلامة ما وصل إليه .

9- ترجمة جميع الأعلام الموجودة بالبحث ، ترجمة وافية معتمداً فى ذلك على  
كتب التراجم والتاريخ .

10 - توضيح معانى المصطلحات الفقهية واللغوية والأصولية والقانونية ، والألفاظ  
المبهمة التى تحتاج إلى توضيح ، وكذا المدن والبلدان ، والفرق والقبائل  
والمذاهب معتمدا على الكتب المعتمدة فى ذلك.

11- لقد حاولت فى هذا الموضوع أن أجمعه بصورة مبسطة وبأسلوب سهل عند علماء الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، حتى نفق على مدى موافقة هذه القوانين لأحكام الشرع الإسلامى ، وحتى يظهر ما فى هذه الشريعة من كنوز تقيم العدل وتنتشر السلام الاجتماعى وتحقق الأمن ، إلى أن وصلت فى النهاية إلى أن الشريعة الإسلامية باقية إلى الأبد لا يعطى عليها قانون من وضع البشر فهى الصالحة لكل زمان ومكان .

### رابعاً : خطة البحث :

لقد اقتضت الخطة تقسيم هذه الدراسة إلى مقدمة ، وفصل تمهيدى ، وثلاثة أبواب وخاتمة .

أما المقدمة : فهى التى نحن بصدها وتشتمل على الإفتتاحية ، وأهمية موضوع البحث وأسباب اختياره ، ومنهجى فى البحث ، وخطة البحث .

وأما الفصل التمهيدى : فيشتمل على : تعريف حق التملك الجبرى ، وبيان مشروعيته وحالاته وأسبابه وشروطه وضوابطه ، وذلك فى ستة مباحث :

- المبحث الأول: تعريف الحق فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما  
- المبحث الثانى : تعريف لملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- المبحث الثالث : مشروعية التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- المبحث الرابع : حالات التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- المبحث الخامس : أسباب التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- المبحث السادس : شروط التملك الجبرى وضوابطه فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- الباب الأول : التملك الجبرى عن طريق عقود جبرية ، وفيه فصلان :**
- الفصل الأول : التملك الجبرى عن طريق عقود بيع جبرية ، وفيه خمسة مباحث :**
- المبحث الأول : بيع مال المدين جبراً عنه ، وفيه مطلبان :**
- المطلب الأول : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .**
- المطلب الثانى : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .**
- المبحث الثانى : بيع المرهون جبراً عن الراهن ، وفيه مطلبان :**
- المطلب الأول : تعريف الرهن وبيان مشروعيته فى الفقه والقانون والموازنة بينهما**
- المطلب الثانى : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبراً عن الراهن فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .**
- المبحث الثالث : بيع الأشياء المحككة جبراً على محتكرها ، وفيه مطلبان :**
- المطلب الأول : تعريف الإحتكار وبيان حكمه فى الفقه والقانون والموازنة بينهما**
- المطلب الثانى : شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحككة جبراً على محتكرها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .**
- المبحث الرابع : بيع الأموال والسلع جبراً على مالكها بالسعر الذى يعينه الحاكم وفيه مطلبان :**
- المطلب الأول : تعريف للتسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .**
- المطلب الثانى : شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .**
- المبحث الخامس : بيع الأموال جبراً على أصحابها للنفقة الواجبة عليهم ، وفيه مطلبان :**
- المطلب الأول : تعريف النفقة وأسبابها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .**

المطلب الثانى : تملك من تجب له النفقة جبراً عن تلمزه عند امتناعه فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الفصل الثانى : التملك الجبرى عن طريق الأخذ بالشفعة ، وفيه أربعة مباحث :

- المبحث الأول : تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

- المبحث الثانى : شروط استحقاق الشفعة فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

- المبحث الثالث : من تثبت له الشفعة فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

- المبحث الرابع : كيفية التملك الجبرى بالشفعة ( إجراءاتها ) فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الباب الثانى : التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية ، وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : التملك للجبرى عن طريق نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : المقصود بنزع الملكية الخاصة ومشروعيتها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

- المبحث الثانى : شروط وإجراءات نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الفصل الثانى : التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية لعدم الأعمار ، وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : تملك الأراضى الصحراوية ومشروعيتها وشروطها وكيفيةها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

- المبحث الثانى : نزع الملكية جبراً لعدم الأعمار ، فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الفصل الثالث : التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية لشبهة الحرام وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : اكتساب المال عن طريق الرشوة واستغلال السلطة والنفوذ فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .



- المبحث الثاني : نزع الملكية جبراً لشبهة الحرام عن طريق مصادرتها في الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الباب الثالث : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على التمكن من الحقوق الواجبة أو الظفر بالحق ورد الحقوق لأصحابها ، وفيه فصلان :  
الفصل الأول : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على التمكن من الحقوق الواجبة وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : الإجبار على التمكن من حقوق الارتفاق وفيه مطلبان :  
المطلب الأول : تعريف الارتفاق وأسباب ثبوت حقوق الارتفاق في الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الثاني : أنواع حقوق الارتفاق والإجبار على التمكن منها في الفقه والقانون والموازنة بينهما .

- المبحث الثاني : الإجبار على قسمة الأموال المشتركة ، وفيه مطلبان :  
المطلب الأول : تعريف القسمة ومشروعيتها وأنواعها في الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الثاني : ما تجرى فيه القسمة الجبرية وشروطها وتملك الشريك حصته جبراً عن شريكه في الفقه والقانون والموازنة بينهما .  
الفصل الثاني : التملك الجبرى عن طريق الظفر بالحق ورد الحقوق لأصحابها ، وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : التملك الجبرى عن طريق الظفر بالحق في الفقه والقانون والموازنة بينهما .

- المبحث الثاني : التملك الجبرى عن طريق رد الحقوق لأصحابها ،  
وفيهِ أربعة مطالب :

المطلب الأول : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على رد الوديعة في الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الثاني : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على رد العارية فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الثالث : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على رد اللقطة فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الرابع : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على رد الشيء المسروق فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

وأما الخاتمة : فتشتمل على أهم نتائج البحث وتوصيات الباحث .

ثم زُيِّلت الرسالة بفهارس تفصيلية ..... وبعد :

فهذا عملى المتواضع أضعه بين أيديكم ، ولا ادعى أننى بلغت فيه الكمال ، لو تجردت عن الخطأ ، فلكمال الله وحده ، وللعصمة لرسوله - صلى الله عليه وسلم - وإننى لأرجو الله عز وجل أن أكون بعملى هذا قد أدت بعض ما يجب على ، وأشهد الله أنى قد بذلت كل جهد ممكن ، فإن كنت قد وفقت فمن الله وحده ، وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ، وإن تكن الأخرى : فإن طبيعة البشر للخطأ والتقصير ، وما لهذا قصدت ولا أردت ، وحسبى أننى لاجتهت ، وإنى لأرجو أن تكون الأخطاء محدودة والهفوات معدودة ، كما أرجو من أساتنتى الأجلاء ومن القارئ الكريم أن يتذكروا الحسنات فيه ، وأن يعفوا عن الزلات والسيئات ، وأن يرسلوا لى بالنصيحة حتى أتجنبها ، والله من وراء القصد وهو حسبى ونعم الوكيل، صاحب الفضل والنعمة ومنه العون والمنة .

" ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا "

وأخبره بوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المؤلف

عطية قتيبي محمد على الفقي

# الفصل التمهيدي

## في تعريف حق التملك الجبري وبيان مشروعيته

### وحالاته وأسبابه وشروطه وضوابطه

#### تقديم وتنظيم :

لقد حمت الشريعة الإسلامية الملكية الخاصة <sup>(1)</sup> ، وحرمت التعدي عليها ، وقررت أن الأساس في انتقال ملك الإنسان وخروجه من بين يديه إنما هو رضاه وطيب نفسه ، فلذا كان الأصل في العقود <sup>(2)</sup> والالتزامات <sup>(3)</sup> أن تتم بالرضا

(1) الملكية الخاصة اختصاص بمال فيمكن به صاحبه من الإنتفاع به ولتصرف فيه ، أو هو : تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنبالة عنه من الإنتفاع بالعين ومن أخذ العوض ، وما يملكه الفرد فهو ملكية خاصة . يرجع : المعجم الوسيط 924 ، شرح فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام 6 / 248 ، ط : مصطفى البابي الحلبي ، تهذيب الفروق والقواعد المنفية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي حسين 232/13 ط : دار المعرفة ، مطبوع بهامش كتاب الفروق للقرافي .

(2) العقد لغة : الشد والتوثيق ، والربط والتقوية ، كعقد البيع ، وعقد الزواج ، ويقال : عقد الحبل ، والعهد والبيع . وشرعا : ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول بين اثنين فأكثر .

يرجع : لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري المعروف بابن منظور الأفرقي المصري 4 / 3030 ، باب الدال فصل العين ، ط : دار المعارف ، الشرح الصغير على أقرب المسالك للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير 1/3 ط : الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية 1399هـ ، التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ص 196 ، ط : دار الريان للتراث .

(3) الالتزامات جمع للترام ، وهو لغة : الثبوت والدوام والوجوب يقال : لزم الشيء لزوما ، ثبت ودل ووجب عليه ، والتزم الأمر أوجب على نفسه ، واصطلاحا : وجوب أمر على الإنسان ، وذلك بإيجابه على نفسه باختياره وإرادته كالتزامه بالعقد من إجارة ووقف وغير ذلك ، أو بإيجاب الشارع له كما في التكاليف الشرعية . يرجع : لسان العرب 12 / 272 ط : دار صادر - باب الميم فصل اللام مادة لزم ، توثيق الدين بالرهن والكتابة في الشريعة الإسلامية أ . د / ناصر أحمد القنوي ص 61 ط 1424هـ - 2004م .

وعرف الالتزام في القانون المدني بأنه : رابطة أو حالة قانونية بموجبها يلتزم المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل لمصلحة الدائن ، فهو رابطة بين الدائن والمدين ، فإذا وفى المدين بما التزم به انقضت هذه الرابطة . وإذا لم يقم بالوفاء أمكن جبره على ذلك . يرجع : الموجز في النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - د / عبد الرودود يحيى ص 605 ط : دار النهضة العربية القاهرة 1988م .

والإختيار ، عملاً بقول الله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم .... الآية ﴾ (1) .

غير أن هناك حالات مستثناة من هذا الأصل يتأتى فيها نقل الملكية جبراً ترجيحاً لمصلحة عامة على مصلحة خاصة (2) ، أو ترجيحاً لدفع ضرر على جلب مصلحة.

فقد لا يقوم مدين بالوفاء لإختياره ، فأباحته الشريعة الإسلامية وتبععتها القوانين الوضعية (3) فى حالات معينة، وبشروط معينة للدائن أن يأخذ حقه من مال المدين جبراً عنه وقد ينزع الملك أيضاً من صاحبه جبراً عنه بقيمة أو بتعويض عادل بالشروط والأسباب والضوابط التى وضعها فقهاء الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

(1) جزء من الآية رقم 29 من سورة النساء .

(2) المصلحة : هى المنفعة التى قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها ، والمصلحة العامة هى التى تتعلق بالجماعة ، كالطرق العامة ، والمستشفيات العامة ، والمدارس العامة ، والمساجد ، والمصالح الحكومية ، وغير ذلك ، والمصلحة الخاصة هى المنفعة التى تتعلق بشخص معين ، أو الخير الملزم للتصرفات الموافق لهوى النفس .

يراجع: ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية د / محمد سعيد رمضان ص 23 ، ط : مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الرابعة 1402هـ - 1982م ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 63 ط: دار الفكر العربى 1416هـ - 1996م ، الموسوعة الفقهية الميسرة د / محمد روس 2 / 1809 .

(3) لقانون بوجه عام هو : مجموعة القواعد المأزمة التى تنظم علاقات الأشخاص فى المجتمع تنظيمها عادلاً يكفل حريات الأفراد ، ويحقق الخير العام ، وتوصف هذه القواعد المعمول بها فى بلد معين وفى عصر معين بأنها القانون الوضعى لذلك البلد ، فالقانون الوضعى المصرى الحالى : يشمل مجموعة القواعد القانونية المعمول بها الآن فى مصر بما تضمنه من فروع ، كالقانون المدنى والإدارى والجنايى وغيرهم ، ويختلف عما كان وما يكون ، وسمى بذلك لأن قواعده توضع سلفاً ، وتكون محددة تحديداً كافياً بحيث يتمكن الأفراد من تنظيم سلوكهم وفقاً لها .

يراجع : المدخل للعلوم القانونية د / سليمان مرقس ص 6 ، طبعة 1952، دار النشر للجامعات المصرية.

وقد تضمن هذا الفصل ستة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي  
والموازنة بينهما .

المبحث الثاني : تعريف التملك الجبري في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي  
والموازنة بينهما .

المبحث الثالث : مشروعية التملك الجبري في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي  
والموازنة بينهما .

المبحث الرابع : حالات التملك الجبري في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي  
والموازنة بينهما .

المبحث الخامس : أسباب التملك الجبري في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي  
والموازنة بينهما .

المبحث السادس : شروط التملك الجبري وضوابطه في الفقه الإسلامي  
والقانون الوضعي والموازنة بينهما .



# المبحث الأول

## تعريف الحق

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الحق في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : تعريف الحق في القانون الوضعي .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من تعريف الحق.

## المطلب الأول

### تعريف الحق في الفقه الإسلامي

إن للحق تعريفين : أحدهما في اللغة <sup>(1)</sup> ، والآخر في الشرع <sup>(2)</sup> .

**أولاً : تعريف الحق في اللغة :**

إن مدلول كلمة الحق في اللغة تطلق على معان كثيرة أشهرها :

- 1 - الثبوت والوجوب : والحق مصدر حق الشيء من بابي ضرب وقتل ، إذا وجب وثبت ، فيقال : حق الأمر حقاً وحقوقاً : صح وثبت ووجب ، وحق عليك أن تفعل كذا : يجب ويقال : استحقه ، استوجبه ، وحقت الأمر أحقه حقاً : إذا تيقنته وجعلته ثابتاً لازماً ، وجمعه حقوق وحقاق .

---

(1) اللغة هي : الألفاظ الموضوعية والأصول التي يعبر بها كل قوم عن أغراضهم .

يراجع : المعجم الوسيط باب اللام مادة لغا ص 867 ط : 1972م ، إصدار مجمع اللغة العربية للتعريفات للرجائي 2-47 .

(2) الشرع هو : الطريق وما شرعه الله تعالى ويقال : شرع الله لنا كذا ، أظهره وأوضحه ، وجعله طريقاً ومذهباً ، والشرعية : الإلتزام بالقرآن العبودية ، وهي الطريق في الدين .

يراجع : المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد القفوي ثمقرى كتاب الشين مادة شرع ص 186 ط : دار الحديث ، معجم لغة الفقهاء د / محمد قلقة رولس جى ص 260 ، ط : دار النفائس - بيروت .  
للتعريفات للرجائي ص 167 .

ومنه قول الله تعالى : ﴿ كَذَلِكَ حَقًّا عَلَيْنَا نُنَاجِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ <sup>(1)</sup> أى ولجبا علينا <sup>(2)</sup> .  
وقوله تعالى : ﴿ فَحَقَّ عَلَيْهَا الْقَوْلُ فَدَمَرْنَاهَا تَدْمِيرًا .... ﴾ <sup>(3)</sup> أى فوجب عليها  
الوعيد <sup>(4)</sup> .

وقوله تعالى : ﴿ وَكَذَلِكَ حَقَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا .... ﴾ <sup>(5)</sup> ، أى  
وجبت وثبتت ولزمت <sup>(6)</sup> .

2 - ومن معانى الحق : أنه إسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته .  
ومنه قوله تعالى : ﴿ هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ ﴾ <sup>(7)</sup> وقوله تعالى : ﴿ ذَلِكَ عِيسَى  
بْنُ مَرْيَمَ قَوْلَ الْحَقِّ ﴾ <sup>(8)</sup> .

3 - ومن معانى الحق : أنه أمر الرسول صلى الله عليه وسلم ، وما أتى من  
القرآن وبمعنى الإسلام ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ ﴾ <sup>(9)</sup> .  
4 - ومن معانى الحق : العدل والصدق .

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَقَضَىٰ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ ﴾ <sup>(10)</sup> أى بالصدق والعدل <sup>(11)</sup> .

---

(1) جزء من الآية رقم 103 من سورة يونس .

(2) يراجع : الجامع لأحكام القرآن : للإمام أبى عبد الله محمد بن أبى بكر الأنصارى القرطبى  
8 / 356 ، ط: دار الحديث ، القاهرة - تحقيق أ. د / محمد إبراهيم الحفناوى ، د / محمود حامد عثمان

(3) جزء من الآية رقم 16 من سورة الإسراء .

(4) يراجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 10 / 239 ( مرجع سابق ) .

(5) جزء من الآية رقم 6 من سورة غافر .

(6) يراجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 15 / 281 .

(7) جزء من الآية رقم 44 من سورة الكهف ، ويراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 10 / 420 .

(8) جزء من الآية رقم 34 من سورة مريم ، ويراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 11 / 112 .

(9) جزء من الآية رقم 42 من سورة البقرة ، ويراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 11 / 351 ،  
352 .

(10) جزء من الآية رقم 69 من سورة الزمر .

(11) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 15 / 271 .



وقوله تعالى : ﴿ والوزن يومئذ الحق ﴾ (1) أى العدل (2) .

وقوله تعالى : ﴿ تلك آيات الله نتلوها عليك بالحق ﴾ (3) أى بالصدق الذى لا بطل ولا كذب فيه (4) .

ومن معانى الحق أيضا : للحظ والنصيب ، وما يختص به المرء بغير مشاركة له فيه ونقيض الباطل ، والأمر المقضى ، والمال ، والملك ، ويتحقق النظر فى هذه المعانى نجدها تصدر من أصل واحد وهو الثبوت والوجوب ، لأن باقى المعانى تأخذ منه وتصدر عنه (5) .

### ثانيا : تعريف الحق فى الشرع :

المعنى الشرعى للحق لا يخرج عن المعنى اللغوى ، فهو فى الشرع يستعمل بمعنى الأمر للثابت الموجود مما هو خاص بالإنسان ، فيقال : من حقه أن يفعل كذا، أو من حقه أن يتملك كذا ، ويستعمل بمعنى ما يجب للإنسان أيضا نحو غيره، فيقول : فلان حق نحو فلان، ويطلق على العين ، كهذه الدار حق لفلان ، ويستعمل

---

(1) جزء من الآية رقم 8 من سورة الأعراف .

(2) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 7 / 161 .

(3) جزء من الآية رقم 6 من سورة الجاثية .

(4) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 16 / 155 .

(5) يراجع : لسان العرب لابن منظور 2 / 939 باب الحاء فصل اللقاف ، القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي 3 / 228 باب الحاء فصل اللقاف ط : دار الجليل - بيروت - لبنان ، المصباح المنير للفيومي 89 ، كتاب الحاء مادة حق ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري 4 / 1460 وما بعدها ، باب الحاء فصل اللقاف - ط : دار العلم للملايين - بيروت ، تاج العروس للسيد محمد مرتضى الزبيدي الحنفى 6 / 316 فصل الحاء باب اللقاف الطبعة الخيرية الطبعة الأولى 1306 هـ . معجم مقاييس اللغة لابن فارس 2 / 15 وما بعدها ، المطبعة الثانية مصطفى البابى الحلبي ، المعجم الوسيط 210 باب الحاء مادة حق ، مختار الصحاح للإمام محمد بن أبى بكر الرازي . باب الحاء مادة حق ، الرازي ص 86 ط : دار المنار تحقيق د / عبد الفتاح البرماوى .

فى مرافق العقار والأرض ، كحق الشرب والطريق والمسيل ، وعلى المنفعة (1) كسكنى هذه الدار حق لفلان .

وعرفه بعض الأحناف والإمام محمد أبو زهرة بأنه :

ما ثبت شرعا لشخص على شخص أو شيء على وجه الاختصاص (2) .

وقيل : الحق هو الحكم التلبيته شرعا .

أى كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا ، أى بحكم الشارع وإقراره ، فالحق ما استحقه الإنسان على وجه يقره الشارع ويحميه ، فيمكنه منه ، ويدفع عنه ، وهذا التعريف قريب من تعريف الحق عند فقهاء الفقه الوضعي (3) .

وهذا التعريف يؤخذ عليه أنه غير جامع لكل ما يطلق عليه لفظ الحق عند الفقهاء كحق المال المملوك وهو ليس حكما ، وعلى الوصف الشرعي كحق الولاية والحضانة .

وغير مائع من إيراد غيره مع أنه غير كاشف لحقيقة الحق (4) .

---

(1) المنفعة : اسم من النفع وهو الخير ، وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبة هي للذة أو ما كان وسيلة إليها ، أو دفع الأذى وما كان وسيلة إليه ، وقيل : الخير الملازم للأعيان سواء وافق هوى النفس أو لم يوافق كمنفعة الدار . يراجع : المصباح المنير 367 ، المعجم الوسيط 982 ، ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية د / محمد السعيد رمضان ص 23 ، الموسوعة الفقهية الميسرة د / محمد رواس 1839 / 2 .

(2) يراجع : مجمع الأنهر شرح ملقى الأبحر لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف ببنماذ أئندى 90 / 2 نشر دار إحياء التراث العربى ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة ص 68 ط : دار الفكر العربى ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية د / أحمد فراج حسين ص 119 ، ط : مؤسسة الثقافة الجامعية ، الطبعة الأولى .

(3) يراجع : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام فخر الدين عثمان بن على الزيلعى 4 / 97 ط : دار المعرفة ببيروت ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للمشيخ على الخفيف ص 6 ، ط : دار الفكر العربى 1416هـ - 1996م .

(4) يراجع : الحق والذمة وتأثير الموت فيهما للشيوخ على الخفيف ص 36 ، ط : 1945م ، الفقه الإسلامى وإنلته لتلكتور / وهبة الزحيلى 4 / 2838 ط : دار الفكر .

وعرفه د / محمد رواس بأنه : الحق هو الواجب الثابت الذى لا يجوز إنكاره ،  
ويثبت بواحد من ثلاثة : منح الله الحق لعباده تفضلاً وتكرماً منه ، كحق الإنتفاع  
بالطبيبة ، أو الضرورة ، كمن اضطر إلى شيء هو فى يد غيره وصاحبه فى غنى  
عنه ، كان حق المضطر إلى الطعام أقوى من حق صاحبه ، أو العقد سواء كان  
معاوضة كعقد البيع أو الرهن أو غير معاوضة كالوصية والهبة <sup>(1)</sup> .

فالحق عند الفقهاء المتأخرين يتكون من عدة عناصر :

- 1 - الشيء الثابت : ويشمل العين ، والمنفعة ، والدين ، والحقوق الفكرية ، والعمل  
وتسليم المبيع وحق التملك ، والحضانة .
- 2 - الشخص الذى يثبت له الحق : شخصاً حقيقياً كمحمد ، أو حكماً - اعتبارياً -  
كبيت المال . ( وزارة المالية الآن ) .
- 3 - من يثبت عليه الحق : والمقصود به الغير ، سواء كان شخصاً ، أو شيئاً  
معيناً، كحق الإنسان فى ثمن ما باع لمشتري معين .
- 4 - مشروعية الشيء الثابت : لأن كل شيء فى الإسلام مقيد بالشرع ، وهو  
مصدره فما شرعه كان حقاً ، وما نهى عنه كان باطلاً ، ولقد فصلت الشريعة  
الإسلامية ما للإنسان من حقوق وما عليه من واجبات فى شتى المجالات .
- 5 - الاختصاص : لأنه لا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذى هو  
قوامها وحقيقتها بأن يكون الشيء الثابت مقصوراً على شخص بذاته وممنوعاً  
من غيره <sup>(2)</sup> .

---

(1) يراجع : الموسوعة الفقهية الميسرة للدكتور/ محمد رواس قطة جى ص 755 . ط : دار النفائس .

(2) يراجع : الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حسين ص 119 . 120 .

وعرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه :

" مصلحة مستحقة شرعا " (1) .

وانتقد هذا التعريف بأنه: عرف الحق بالغاية المقصودة منه لا بذاتيته وحقيقته ، فعرفه بأنه مصلحة ، وهي أثر من آثار الحق زاته ، ولكن الحق علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يقصدها منه ، وأن التعاريف تنصب على الشيء وليس على آثاره (2).

وعرفه آخرون بأنه :

" اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا " (3) .

وهذا التعريف وإن كان يشمل أنواع الحقوق الدينية ، كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما ، والحقوق المدنية ، كحق التملك ، والحقوق العامة ، كحق الدولة في ولاء الرعية ، والحقوق المالية ، كحق النفقة ، وغير المالية ، كالولاية ، والحقوق الأدمية ، كحق الطاعة ، وأبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين ، إلا أنه غير جامع ، لأنه لا يشمل الحقوق المشتركة بين الله والأسمى - كحد القذف (4) والقصاص (1) (2) .

---

(1) يرجع : الحق والذمة وتأثير الموت فيهما للشيخ / على الخفيف ص 36 ، 37 .

(2) يرجع : الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي 4 / 2839 .

(3) يرجع : للمرجع السابق ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد د / مصطفى الزرقا 2 / 10 طبعة 1965

(4) القذف لغة : الرمي بالحجارة . وقذف المحصنة : رماها بالزنى ، ويقال : قذفه بالشيء ، نسيه إليه

يرجع : المصباح المنير 294 ، كتاب القاف مادة قذف ، للمعجم الوسيط 755 ، باب القاف مادة قذف .

مختار الصحاح 244 ، باب القاف مادة قذف ، ( مرجع سابق ) وشرعا : الرمي بالزنا : أو للواط أو

نفي نسب ، في معرض التعبير ، وحده عبارة عن عقوبة مقدرة تجب حقا لأدعى ، ومقدارها ، ثمانون

جدة للحر . ولربيعون للرقيق . يرجع : مغنى المحتاج للشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج

الطالبين للنووي 4 / 192 - 193 ط دار الفكر . كشف القناع عن متن القناع للشيخ منصور بن يوسف

البيهقي 6 / 104 ط دار الفكر تحقيق هلال مصيلحي هلال ، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي

أبي محمد عبد الوهاب على من نصر المالكي 2 / 329 ، ط دار الكتب العلمية تحقيق محمد حسن

إسماعيل .

وقيل : الحق ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير<sup>(3)</sup>.

وهذا التعريف يكاد يكون أنسب التعاريف للحق ، لأنه وافق التعريف اللغوي للحق من كان الثبوت ، وكلما كان هناك ارتباط وعلاقة بين المعنى اللغوي والشرعي للمشيء المعروف لكن أوعى إلى فهم المعنى .

فالحق في الشريعة يستلزم واجبين : أحدهما : واجب على الناس احترام حق الشخص وعدم التعرض له ، والثاني : واجب خالص على صاحب الحق ، بأن يستعمله بحيث لا يضر بالآخرين ، لأن الحق مقيد بما يفيد المجتمع .

لذا قيد الإسلام الأفراد في استعمال حقوقهم بمراعاة مصلحة الغير ، وعدم الإضرار بمصلحة الجماعة<sup>(4)</sup>.

---

(1) يراجع : النظرية العامة للتزامات د / أحمد فهمي أبو منه ص: 50 .

(2) يراجع للفقه الإسلامي للزحيلي 4 / 2840 .

(3) القصاص لغة : القطع وتثيب الأثر وحكاهما يلتم القصاص ، لأنه يقطع ما بين القاتل وأولياء المقتول من خلاف وشقاق ، ويتبع الجاني حتى يقتله ويقتصر منه ، ويرادف القصاص : القود ، ولأن الجاني يقاد بجبل أو غيره إلى الحاكم . يراجع : المصباح المنير 301 كتاب القاف مادة قص المعجم الوسيط 774 باب القاف مادة قصص ، لسان العرب 5 / 7317 ، باب الصاد فصل القاف . وشرعا : أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل فإن قتل قتل ، وإن جرح جرح . يراجع : مغنى المحتاج 4 / 3 . الوجيز في جرائم الحدود والقصاص د / محمود محمد مفتاح ص 306 ط 1422هـ / 2001م .

(4) الفقه الإسلامي للزحيلي 4 / 2839 ، النظرية العامة للتزامات في الشريعة الإسلامية : د / أحمد فهمي أبو منه ص 50 ط : 1967م .



## المطلب الثاني

### تعريف الحق فى القانون الوضعى

لقد عرف فقهاء القانون الحق بتعاريف مختلفة تبعاً لاختلاف النظر إليه.

فمن نظر إلى صاحبه عرفه بأنه :

قدرة إرادية أو مطلقة خولها القانون لشخص من الأشخاص على أعمال الغير فى نطاق معين معلوم .

وهذا المذهب يطلق عليه المذهب التقليدى ، لأنه أقدم المذاهب فى تعريف الحق ويسمى بالمذهب الشخصى ، لأنه ينظر إلى تعريف الحق من خلال الشخص صاحب الحق فلا يوجد الحق إلا إذا أراده صاحبه ، ولا يعتد به ولا تكون له قيمة ، إلا إذا وجد من يباشره ويتمتع به ويحميه (1) .

ولقد وجهت إلى هذا المذهب عدة انتقادات لكن أهمها :

الخلط بين الحق والإرادة ، مع أنه من المسلم به إمكان ثبوت الحق للشخص عديم الإرادة كالمجنون (2) ، ويمكن اكتساب بعض الحقوق دون علم أصحابها أو دون إرادتهم كالموصى لهم .

فالحق قد يوجد ولو لم توجد الإرادة نفسها ، ولكن مباشرة الحق لا تكون إلا عن طريق الإرادة ، فالمجنون يثبت له بعض الحقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها لانعدام إرادته .

فالقدره أو السلطة لا تدلان على المراد ، لأنهما يشيران بأمر صاحب الحق يستطيع دائماً أن يباشر حقه ، مع أن القانون قد يسلب الشخص هذه القدرة كمنع

---

(1) يراجع : نظرية الحق فى القانون المدنى د / عبد المنعم فرج الصدة ص 7 . طبعة 1949ء / دار النشر للجامعات المصرية ، المدخل للعلوم القانونية ، د / سليمان مرقس ص 313 ، النظرية العامة للحق د / محمد شكرى سرور ص 16 ، الطبعة الأولى 1979م - دار الفكر العربى . مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية د / عبد الناصر توفيق الطاهر ص 360 م 1979م ، مضية السعادة .

(2) الجنون : خلل يلحق العقل فيعتمد عند صاحبه الإدراك والتمييز . يراجع : نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقى ص 269 ، ط 1984م .

المحكوم عليه بعقوبة جنائية من مباشرة أعمال الإدارة الخاصة بأمواله مدة سجنه أو اعتقاله (1) .

ومن نظر إلى موضوعه عرفه بأنه :

" مصلحة مشروعة ذات قيمة مالية يحميها القانون لصاحبها .

ويطلق على هذا المذهب : المذهب الموضوعي ، لأنه ينظر إلى الحق من حيث موضوعه أو الغرض منه (2) .

وهذا التعريف أيضا محل نقد ، لأنه عرف الحق باعتبار غايته فقط ولم يوضح ماهيته وطبيعته فتعريف الحق بأنه مصلحة يخرج عن القول بأن للحق طرفين دائناً ومديناً ، لأن المصلحة قد تقوم من نفس الشخص دون أن ترتبط بشخص آخر ، كمصلحة الشخص في أن يتعلم ويقرأ ويبحث .

فالمصلحة في الواقع هي غاية الحق وليست جوهره ، وليس من الدقيق تعريف الشيء بغايته والهدف منه ، وهناك مصالح لا تسمو إلى مرتبة الحق ، كما لو اشترط مستأجر لإحدى الأتوار العليا في منزل على المؤجر بإتارة السلم فجميع السكان يستفيدون من هذا الشرط مع أنهم ليسوا أصحاب حق ، فمصلحتهم لا تعطيه الحق في إلزام المؤجر بالإتارة ، لأنه حق لا يتمتع به إلا صاحب الدور العلوى (3) .

---

(1) اراجع : المدخل للعلوم القانونية د / توفيق حسن فرج ص 443 ، الطبعة الثانية 1981م ، دروس في المدخل للعلوم القانونية د / نعمان جمعة ص 287 ، ط 1977م .

(2) اراجع : دروس في مبادئ القانون د / عبد الوود يحيى ص 200 ، ط 1986م ، دار النهضة العربية ، المدخل للعلوم القانونية د / توفيق فرج ص 445 ، مبادئ القانون د / عبد المنعم البدرولى ص 262 ط : 1970م . الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / عبد الرزاق أحمد السهورى ص 2 ، ط : دار إحياء التراث العربى - بيروت .

(3) اراجع : مبادئ القانون د / عبد المنعم البدرولى ص 263 ، دروس في مبادئ القانون د / عبد الوود يحيى ص 200 ، المدخل للعلوم القانونية د / توفيق فرج ص 446 .



ومن الفقهاء من راعى الإتجاه الشخصى والإتجاه الموضوعى ومزج بينهما بحيث يعرف الحق من خلال صاحبه ، ومن خلال موضوعه ، ويعرف هذا الإتجاه بالمذهب المختلط فى تعريف الحق لتألفه بين الإتجاهين .

ف قيل : الحق رابطة تقوم بين طرفين وتتطوى على مصلحة يحميها المشرع - القانون

وقيل : أنه سلطة يقرها القانون لشخص معين يستأثر بها من غيره يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة مشروعة يقرها القانون (1) .

كما لو كنت دائناً لمحمد بخمسين جنياً ، فكنت صاحب حق على محمد ، وهذا هو حق الدائنية ، وهو سلطة يمنحها القانون للدائن الذى يستأثر بها حتى يتمكن من مطالبة محمد بالوفاء بهذا المبلغ .

فإذا لم يقم بالوفاء طواعية واختياراً كان له الحجز على أمواله وبيعها بالمزاد العلنى حتى يتمكن من استيفاء المبلغ من الثمن الذى يرسو به المزاد ، ومن حق الدائن أن يحيل الدين إلى آخر ، أو لإبراء المدين منه ، والمشرع الوضعى يمنح الشخص هذه السلطة تحقيقاً لمصلحة مشروعة يقرها القانون ، وهى استيفاء الدين (2) .

لذا يتضح مما سبق أن الخلاف بين القانون المدنى (3) لم يقف عند تحديد ماهية الحق لأنه ما من تعريف إلا وورد عليه اعتراضات وانتقادات مما يجعل وضع تعريف يجمعها كلها أمراً فى غاية الصعوبة .

---

(1) يراجع : دروس فى مبادئ القانون د / عبد الودود يحيى ص 201 ، المدخل للملود القانونية د/توفيق فرج ص 447 .

(2) يراجع : محاضرات فى نظرية الحق أ . د / لاشين محمد الغايالى ص 8 ، 9 ط 1980ء .

(3) القانون المدنى : أحد فروع القانون يوجه عام وهو يطلق على مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الأفراد بعضها بالبعض الآخر وهو قسمان : أحوال شخصية : وينظم علاقة الفرد بأسرته ، ومعاملات وينظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد بحسب المال .

---

يراجع : الموجز في النظرية العامة للإلتزامات د / عبد الرزاق المنهوري ص 2 ، المنخل ندرسة  
العلوم القانونية د / سليمان مرقس ص 324 ، 325 .

## المطلب الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي من تعريف الحق :

بعد بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من تعريف الحق ، نجد أن معظمها محل نقد ، وإن كان في نفس الوقت قد أصاب جزءا كبيرا من الحقيقة . وبمقارنة تعريف الحق في القانون الوضعي بتعريفه في الفقه الإسلامي يتضح ما يلي :

1 - الحق في القانون يقتصر على حق الإنسان فقط ، ولا ينظم حق الله ، فالقانون الوضعي يهتم بأحكام العلاقات بين الأشخاص طبيعيين ومعنويين ، وهذا أمر لا غرابه فيه ، لأن مجرد وجود القانون الوضعي المخالف لما جاء به القرآن الكريم والسنة النبوية إنكار لحق الله ، بينما الحق في الفقه الإسلامي يتناول حق الإنسان وحق الله .

2 - مصدر الحق في القانون الوضعي هو القانون الذي يضعه المشرع البشري - السلطة التشريعية (1) - ومصدر الحق في الفقه الإسلامي الشرع الحكيم الآتي من قبل الله ورسوله - صلى الله عليه وسلم .

---

(1) السلطة التشريعية في الدولة الإسلامية كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مشرعا ، ثم من بعده الصحابة ، ثم أولى الأمر فالذي يتولى التقنين في الدولة الإسلامية هم المجتهدون وأهل الفتا ، لهم مجموعة يرجع إليهم في فهم نصوص القانون الإلهي وتطبيقه ، وتشريع الأحكام لما يحدث من الأضية والحوادث ، وما يربطها من المصالح والحاجات .

والسلطة التشريعية في الحكومات الدستورية الحاضرة : يتولاها أعضاء المجالس النيابية (مجلس الشعب) ويقومون بسن القوانين وتشريع الأحكام التي تنفذها حلجات للزمن ومصالح الناس ويشرفون على تنفيذها.

يراجع: السيلمة الشرعية مصدر التقنين بين النظرية والتطبيق د / عبد الله محمد القاضي 569 ط1410هـ - 1989م - الأولى ، الوجيز في المبادئ الدستورية العامة د / فؤاد محمد النادى 211 ط : مؤسسة الرسالة 1406هـ .

3 - الحقوق التي يقررها المشرع الوضعي هي في الحقيقة أهواء دائمة التغير والتبدل ، فما كان حقاً بالأمس ما عاد حقاً اليوم ، وما هو حق اليوم ، قد لا يكون حقاً في الغد .

أما في الفقه الإسلامي ، فالحقوق ثابتة لا تتغير ولا تتبدل ، لأنها هي التي شرعها الله الذي أحاط بكل شيء علماً وشريعته خالدة .

4 - الحق في القانون الوضعي لا يتناول إلا الحقوق الثابتة للناس بعضهم قبل بعض بمقتضى القانون، ولا يتناول ما توجيه الأخلاق وأداب السلوك والتقاليد مما لا تتعرض له القوانين ، كما لا يتناول تعريف الحق نوعاً من المكناات ذات الإختصاص يراه رجال القانون في منزلة وسطى بين الرخصة والحق، إذ يرونه أدنى من الحق وأعلى من الرخصة ، وهو ما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية بحق التملك مثل حق الشفيع في تملك العقار المبيع المشفوع فيه، وحق الشريك في الدين في تملك ما يوازى حصته مما استوفاه شريكه الآخر من الدين المشترك بينهما (1) .

فلذا يتضح مما سبق أن هناك اختلافاً حقيقياً بين تعريف الحق في القانون الوضعي وتعريفه في الفقه الإسلامي ولرى أن أفضل تعريف للحق هو :  
" كل ما يثبت شرعاً أو قانوناً لله تعالى أو للإنسان مقررأ سلطة التصرف في موضوع الحق أو واجبا عليه وحده أو عليه وعلى الغير " .

---

(1) يراجع : البنية في الشريعة الإسلامية لشيخ / على الخفيف ص 7 . طبعة : دار الفكر العربي (مراجع سابق) . نظرية الحق في الفقه الإسلامي د / محمود بلال مهران رسالة دكتوراه ص 21 عام 1400هـ / 1980م . مسجلة بكلية الشريعة والقانون بطنطا تحت رقم 143 / 15541 ، استيفاء لحق بخير دعوى د / على عبد الجبار يسين ص 38 - 40 ، رسالة دكتوراه 1408هـ / 1988م . مسجلة بكلية الشريعة والقانون بطنطا تحت رقم 583 .

وهذا التعريف قد نقادى معظم الإنتقادات الموجهة لكل التعاريف السابقة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، لأنه يشمل حقوق الله الخالصة الواردة في قوله تعالى : ﴿ الله ملك السموات والأرض ﴾ <sup>(1)</sup> وقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - لمعاذ ابن جبل <sup>(2)</sup> يا معاذ - تدرى ما حق الله على العباد ، وما حق العباد على الله ، قال : قلت : الله ورسوله أعلم ، قال : فإن حق الله على العباد أن يعبدوا الله ولا يشركوا به شيئاً ، وحق العباد على الله عز وجل أن لا يعنّب من لا يشرك به شيئاً ، قال قلت : يا رسول الله أفلا أبشّر الناس ، قال : لا تبشّروهم فيتكلوا <sup>(3)</sup> .

ويشمل حقوق الإنسان انخالصة سواء كانت ثابتة للشخص ذاتياً دون أن يكون هذا الحق في مواجهة الغير ، كالحقوق الشخصية ، أو الطبيعية التي تثبت للإنسان لكونه إنساناً دون النظر لأي اعتبار آخر ، ولا يختص بها فرد دون آخر ، كحق الفرد في الحياة ، وفي سلامة جسده وفي حريته ، وفي التفكير ، والتعليم ،

---

(1) جزء من الآية رقم 49 من سورة للشورى .

(2) معاذ هو : أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمر بن أوس بن عامر بن الخزرج ، أسلم وهو ابن ثمان عشرة سنة ، شهد بيعة العقبة مع السبعين من الأنصار ، وشهد المشاهد كلها ، بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن عاملاً ومعلماً ، أحد الستة الذين جمعوا القرآن الكريم على عهد النبي صلى الله عليه وسلم - روى عنه ابن عمر وابن عباس وغيرهما ، مات عام ثمان عشرة من الهجرة وليس له عقب . رحمه الله تعالى .

يراجع : حلية الأولياء وطبقات الأصفياء للحافظ أبي نعيم الأصبهاني 1 / 228 ط : دار الكتب العربي - بيروت ، أسد الغابة في معرفة الصحابة نثر الدين ابن الأثير 5 / 194 ط : دار الشعب . مشنرات للذهب في أخبار من ذهب لأبي الفلاح عبد الحى الحنبلى 1 / 29 ط : منشورات دار الفرق الجندية - بيروت ، الطلقات الكبرى لابن سعد 7 / 378 ط : دار صادر - بيروت .

الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء لخير الدين الزركى 8 / 166 ط : دار العلم للملايين - بيروت .

(3) يراجع : صحيح مسلم للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري . وشرح النووي للإمام محي الدين زكريا بن شرف الدين النووي 1 / 186 ط : دار المنار تحقيق / صلاح عويضة .

والعمل..... الخ ، أو كانت ثابتة للشخص على غيره أو فى مواجهة الغير ، كحق  
 الدية <sup>(1)</sup> ، وبدل المتلفات ، وتسلم ثمن المبيع ، واستيفاء الدين من المدين .  
 ويشمل الحقوق المشتركة بين الله والأسمى كحد القذف والقصاص .  
 ويتناول هذا التعريف أيضا معنى الإختصاص والتسلط على الشيء موضوع  
 الحق من قبل من له الحق ، ويبرز فيه عنصر الإرتباط ، أى التقابل بين الحقوق  
 المختلفة لدى أفراد المجتمع بما يستلزم نشوء إلزامات متبادلة بينهما حتى يمكن  
 ضمان كل شخص لحقوق الآخرين <sup>(2)</sup> .

---

(1) الدية لغة : مأخوذة من ودى القاتل القتل يديه دية ، إذا أعطى ولية المال الذى هو بدل النفس وفازها  
 محترقة والهاء عوض والأصل ودية والجمع ديات . يراجع : المصباح المنير كتاب الولو مادة ودى  
 388 : 389 ، المعجم الوسيط باب الولو مادة ودى 1065 ، فالدية شرعا : المال الواجب بجناية على  
 الحر فى نفس أو فيما دونها . والمقدر شرعا لا اجتهدا 00 معنى المحتاج للشرىينى 4 / 66 ، كشاف  
 القناع عن متن الإقناع للبهوتى 6 / 5 ، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضى عبد الوهاب المالكي  
 2 / 263 هامش 1 .

(2) يراجع : المنخل للدراسة انعمون للقانونية : النظرية العامة للحق أ . د / إسماعيل عبد النبي شاهين  
 ص 30 ، 31 ، ط 1985م ، محاضرات فى نظرية الحق أ . د / لائمين الغايتى ص 14 ط : 1980م .

## المبحث الثاني فى تعريف التملك الجبرى

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : تعريف التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى .
- المطلب الثانى : تعريف التملك الجبرى فى القانون الوضعى .
- المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف التملك الجبرى .

### المطلب الأول تعريف التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى

التملك الجبرى مصطلح مركب من لفظين :

أحدهما : للتملك وهو لغة : مأخوذ من ملكت الشيء أملكه ملكا ، وملكته الشيء تملكه وتملكه : أى ملكه قهرا ، وأملكه الشيء وملكه إياه تملكاً بمعنى واحد أى جعله ملكه . وملك الشيء حازه والفرد بالتصرف فيه فهو مالك ، والملكية : الملك أو التملك ، والملكية الخاصة : ما يملكه للفرد والملكية العامة : ما يملكه الدولة (1) .

والتملك أو الملك اصطلاحاً (2) :

لقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد ، ولعل أفضلها :

---

(1) يراجع : لسان العرب لابن منظور 10 / 491 باب الكاف فصل الميم ط : دار صادر - بيروت ،  
الصباح للجوهري 4 / 1609 ، باب الكاف فصل الميم ، ط : دار العلم للملايين - بيروت ، القاموس  
المحيط 3 / 330 باب الكاف فصل الميم ، تاج العروس 7 / 180 ، فصل الميم باب الكاف ، المعجم  
الوسيط 924 باب الميم مادة ملك ( مرجع سابق ) .

(2) الاصطلاح : اتفاق طائفة على وضع اللفظ بآراء المعنى ، أو هو إخراج الشيء من معنى لغوى إلى  
معنى آخر لبيان المراد . يراجع : التعريفات الجرجاني 44 ، 45 ، معجم لغة الفقهاء د / محمد رولين  
ص 51 .

أن الملك هو : إختصاص بالشيء يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمائع شرعى (1) .

وعرفه الإمام محمد أبو زهرة ود / وهبة الزحيلي بأنه : الاستيلاء والقدرة على التصرف فى المال يثبتها الشارع .

فإذا حاز الشخص مالا بطريق مشروع أصبح مختصا به وإختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعى يمنع من ذلك ، كالجنون والصغير ونحوهما ، وهذا الإختصاص يمنع الغير من الإنتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ يبيح له ذلك كولاية (2) أو وكالة (3) .

فالملك أو الملكية علاقة أقرها الشارع الحكيم بين الإنسان والمال ، وجعله مختصا به بحيث يتمكن من الإنتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعاً ، وفى الحدود التى يبينها الشارع الحكيم له (4) .

---

(1) راجع : شرح فتح القدير للكمال بن الهمام على الهداية 6 / 248 ط : مصطفى البلبى الحلبي ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 296 ط : دار الفكر .

(2) الجنون : لغة مأخوذ من جن الرجل جنونا وجنة ومجنه : زال عقله .  
وشرعا : إختلال العقل بحيث يمنع جريان الأعمال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا . راجع : لسان العرب 1 / 701 باب لنون فصل الجيم ، للتعريفات للرجزى 107 .

(3) الولاية لغة : النصرة ، والقرابة والولى : كل من ولى أمرا أو قام به ذكرا أو أنثى .  
واصطلاحا . سلطة شرعية يتمكن بها شرعا من مباشرة العقود وترتيب حكمها عليها دون توقف على رضا أحد .

راجع : المعجم الوسيط 1101 باب الولو مادة ولى ، للمصباح المنير ص 400 باب الولو مادة ولى معجم لغة الفقهاء 510 ط : دار الففائس ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 296 ط : دار الفكر .

(4) الوكالة لغة : التفويض والمراعاة والحفظ . وشرعا : تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة بفعله حال حياته راجع : للمصباح المنير كتاب الكاف مادة وكى 398 ، المعجم الوسيط باب اكاف مادة وكى 1098 . أحكام المعاملات اشرعية للشيخ على الخفيف 299 ، حاشية قلوبوى 2 / 336 ط : دار إحياء الكتب العربية .

راجع : الفقه الإسلامى للزحيلي 4 / 2893 ، المنكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة ص 65 ط : دار الفكر العربى .



فحق التملك من الحقوق العامة التي تثبت لكل شخص ، ولا يجوز حرمان أحد من حق التملك وهو أن يضيف شخص إلى نفسه مالا ، فإذا تملك الشخص أصبح مالكا ، أى له حق الملك أو الملكية على ماله ، فالملكية الخاصة أو الفردية تنبثق عن حق التملك ، وشرعها الله للإنسان ليحقق مقاصد الشرع من عمارة الأرض التي جعل الله الإنسان خليفة فيها ، فأباح له التملك للأموال لينتفع بها وينفع غيره ، فالإسلام لم يمنع الملكية ولكنه في نفس الوقت لم يطلقها بلا حدود ، بل حرّم التعدي على ملكيات الأفراد مادامت مشروعة ، والملكية غير المشروعة يجوز للدولة أن تتدخل في شأنها لرد الأموال إلى أصحابها ، بل لها الحق في المصادرة استجابة لمصلحة عامة ، والمحرم لا يصلح سببا مشروعاً للتملك .

كما حرمت الشريعة كل وسائل الكسب غير المشروع كالاختكار <sup>(1)</sup> والربا <sup>(2)</sup> ، والغرر <sup>(3)</sup> ، مما ينتشر في بعض المجتمعات ويجعلونه من المباحات ، بينما يأكل بها الإنسان مال أخيه الإنسان بالباطل <sup>(4)</sup> .

(1) الاختكار لغة مأخوذ من حكر بمعنى جمع وحبس وأمسك .

وشرعا : حبس الطعام ونحوه إلى الغلاء والإمتهان من بيعه .

يراجع : القاموس المحيط 2 / 13 باب الرأء فصل الحاء ، الفتاوى الهندية لأبى المظفر محيي الدين محمد أوردك 3 / 213 ط : دار إحياء التراث العربى ، وسياقته مزيد من توضيح هذا التعريف ص 162 .

(2) الربا : لغة النمو والزيادة مأخوذ من ربا الشيء يربو ، إذا زاد ، وألفه بدل من ولو ويكتب بها وبالآلف وبالياء .

وشرعا : الفضل الخالى عن العوض المشروع فى البيع ، وهو عقد على عوض مخصوص غير معنود للتمائل فى مجال الشرع حالة العقد أو مع تأخير فى البدلين أو فى أحدهما .

يراجع : المصباح المنير 133 كتاب الرأء مادة ريو ، المعجم الوجيز باب الرأء مادة ريو 53 ، وزارة التربية والتعليم ، مجمع اللغة العربية 1414هـ ، شرح العناية على الهداية لأكرم الدين بنبيرى 317 مطبوع بهامش شرح فتح القدير ، مغنى المحتاج 2 / 30 .

(3) الغرر : لغة الخطر ويقال : اغتر فلان ، غل ، وبكذا خدع به .

وشرعا : ما يكون مجهول العاقبة لا يدري ليكون أدا ، أو ما انطوت عن عاقبته .

يراجع : المصباح المنير 264 كتاب الغين مادة غرر ، حاشية قلوبى 2 / 161 .

(4) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر السطار ص 6 وما بعدها بدون ذكر طبعة .

ثانيهما : الجبرى وهو لغة : مأخوذ من جبره على الأمر جبراً حملاً عليه قهراً وأجبرته على كذا : حملته عليه قهراً وغلبة فهو مجبر ، وجبر فلاناً : لكرمه ، وأجبر القاضى الرجل على الحكم : إذا لكرمه عليه <sup>(1)</sup> .

واصطلاحاً : حمل الإنسان بحق على تصرف لا يرضاه <sup>(2)</sup> .

وعرفه د / محمد رواس بأنه : أن يلزم ذو الولاية من ولى عليه بتصرف ما تحقيقاً لحكم الشرع <sup>(3)</sup> .

والتملك الجبرى عرفه د / حسين سمرة بأنه : " تملك ملك الغير أو بدله رغماً عنه بحق وجب عليه بأن يكون ما عند الغير هو عين الممتلك جبرياً ، أو لدفع ضرر عام أو خاص ، أو تحقيق مصلحة عامة أو خاصة .  
أو هو : ما يملكه مكره من غيره بحق <sup>(4)</sup> .

وقد يسمى الإكراه المشروع ، أو الإكراه بحق ، كإكراه القاضى المدين على بيع ماله وفاءً لدينه <sup>(5)</sup> ، فكل ما كان من أجل تحقيق مصلحة عامة ، أو رفع ضرر عن آخر ، فإنه يكون إكراهاً بحق ، ولا يقطع نمبة الفعل عن الفاعل ، فيصح

(1) يراجع : لقاموس المحيط 1 / 399 باب الرأه فصل الجيم ، لسان العرب 1 / 534 باب الرأه فصل الجيم ، ط : دار المعارف ، الصحاح للجوهري 2 / 607 - باب الرأه فصل الجيم ، تاج العروس 3 / 81 ( مرجع سابق ) فصل للجيم باب الرأه ، المصباح المنير كتاب الجيم مادة جبر .

(2) يراجع : التصرّفات للرجاتى ص 50 .

(3) يراجع - الموسوعة الفقهية الميسرة د / محمد رواس قلعة جى 1 / 52 ، 375 ط : دار النفائس 1421 هـ الطبعة الأولى .

(4) يراجع / مجلة للبحوث الفقهية المعاصرة السنة الحادية عشرة العدد الرابع والأربعون ص 16 عام 1420 هـ .

(5) الدين لغة : القرض ، وما تعطيه غيرك من مال على أن يردّه إليك ، وكل ما ليس حاضراً ، جمع ، ديون ، واصطلاحاً : كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً حاضراً والآخر نسيئة - أى مؤجلاً - فكل تعامل يتعلق بالنسيئة ويجب أن يؤدّه فى وقت محدد أو إلى أجل معلوم ، فهو دين أو ما ثبت فى النسيئة من مال بانتزاع أو استهلاك أو إتلاف أو استعراض . يراجع : لسان العرب 2 / 1467 ، باب النون فصل الدال ، فتح القدير 7 / 221 ، أحكام القرآن لابن العربى 1 / 327 ، الموسوعة الفقهية الميسرة د / محمد رواس 1 / 880 .

ويكون نافذاً ، فبيع المدين ماله بنفسه كرها صحيح ولا خلاف بين الفقهاء في صحة هذا النوع من الإكراه وترتب آثاره عليه، وكذا بيع الأموال المحتكرة لصالح الجماعة ، واستملاك الأراضى للمصالح العامة ، لأن حمل الإنسان على تصرف لا يرضاه ، لا يقدح فى الرضا ولا يفسد البيع ، مادام ذلك فى مصلحة الجماعة وتوجيه قواعد العدالة (1) .

---

(1) يراجع : معنى المحتاج 2 / 11 - الجلال المحطى وحاشية قيبوبى 2 / 156 ، الفقه الإسلامى للزحلى 4 / 3047 ، بحث فى عقد البيع أ . د / محمد عبد الفتاح البنهاوى ص 108 . ط 1987م ، الملكية ونظرية العقد / أحمد فراج حسين ص 179 .



## المطلب الثاني

### تعريف التملك الجبرى

### فى القانون الوضعى

لما كان التملك الجبرى مصطلح مستحدث لذا لم أقف على تعريف محدد وضعه فقهاء القانون الوضعى ، إلا أنه يمكن أن نستبطن من أقوال الشراح ما يلى :

أن التملك يؤدى إلى إكساب الملكية .

وحق التملك هو حق الشخص فى أن يضيف إلى نفسه مالا .

فإذا تملك هذا المال أصبح مالكا ، أى له حق الملك لو حق الملكية على ماله .

وحق التملك من الحقوق العامة أو الحريات العامة ، بينما حق الملك من الحقوق الخاصة .

وحق الفردى فى أن يملك يسفر عن الملكية الفردية وهى الملكية الخاصة (1) .

فلذا كان حق الملك أقوى من حق التملك ولكنه لا يعارضه ، لأن للموجب حق ملك ولمن له القبول حق التملك ، ومن أمثلته حق الشفيع فى تملك العقار المبيع ، وحق الدائن فى تملك مال المدين ، لأنه اختصاص يخول صاحبه سلطة معينة ، وإن كان حق الملك نفسه أقوى (2) .

والمشرع الوضعى قد تناول حق الملكية فى المادة 802 من القانون المدنى الحالى فنص على أن : " لمالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله (3) واستغلاله (1) والتصرف فيه (2) " .

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الدايم توفيق المطار 5 ، 6 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 424 ط : منشأة المعارف - الإسكندرية .

(2) يراجع : نظرية الدعوى فى الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية د / محمد نعيم ياسين 92 ، 93 هامش 2 ، ط : دار النفائس الأردن الطبعة الأولى 1419 هـ - 1999م .

(3) الاستعمال : هو استخدام الشيء فيما أهد له كسكنى الدار وركوب السيارة . يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة ص 75 ، الطبعة الثالثة 1994م منشأة المعارف - الإسكندرية .

ومن خلال هذا النص يتضح أن حق الملكية يخول صاحبه سلطات جامعة على الشيء من استعمال واستغلال وتصرف ، فهو حق مقصور على صاحبه لا يزلحه فيه مزاحم ، ولكن ليس هذا الحق مطلقاً بل سلطات المالك تنقيد بحدود القانون (3) .

ويتضح ذلك من خلال استعراض أهم خصائص حق الملكية :

- فالملكية حق جامع ، لأنه يجمع بين يدي المالك كل السلطات ، ولكن هذه السلطات ترد عليها قيود عديدة من أهمها :

ما يثبت القانون للسلطة الإدارية من حق الاستيلاء على العقارات للمنفعة العامة (4) ، فيمتنع على المالك التمتع بسلطات على شيء (5) .

ومن ثم فإن الدولة تملك العقارات جبراً على أصحابها .

- الملكية حق مانع ، لأنه يجعل كل السلطات له ويختص بها ويمنع غيره من مشاركته فيها دون رضاه ، ولكن هذه الخاصية ( الإستثناء المانع لحق الملكية ) ليست مطلقة بل في أحوال استثنائية يجبر فيها المالك بمقتضى القانون على تحمل

---

(1) الاستغلال : هو الحصول على ثمار الشيء كاستغلال السيارة والدار بالتأجير والحصول على الأجرة  
يراجع : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكي ص 32 ط : 1978م مطبعة جامعة القاهرة .

(2) التصرف : هو استخدام الشيء استخداماً تنفذ به مقوماته بصفة كلية أو جزئية ويترتب عليه من ثم إلزام كز أو بعض السلطات عليه . يراجع : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكي ص 33  
تموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة ص 79 .

(3) يراجع : الحقوق العينية الأصلية د / محمد كامل مرسى 1 / 215 ، الطبعة العالمية 1949، حق الملكية وأسباب كسبها د / عبد المنعم البدر لوى 17 ط : 1986م .

(4) المنفعة العامة : هي مجموع مصالح الأفراد المكونة للمجتمع ، فالمصلحة العامة هي : مجموع المصالح الخاصة ، وفقر المنافع العامة . ما كانت فوائدها مشتركة بين الناس . يراجع : المعجم الوسيط 982 ، فكرة المنفعة العامة في نزاع الملكية الخاصة د / أحمد موفى رسالة دكتوراه ص 32 - حقوق إكسكسرية 1413هـ - 1992م .

(5) يراجع : الوسيط للسبوري 8 / 529 ، المرجع السابق ص 64 . الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكي ص 33 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة ص 64 .

مشاركة الغير له فى بعض سلطاته ، كالحق الذى يقرره القانون لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام فى المرور إليه عبر الأرض المجاورة جبرا على مالكا نظير تعويض عادل<sup>(1)</sup>.

ومن ثم فإن هذا أيضا يعد تملكا جبريا .

فالملكية وإن كانت حقاً عينياً ينصب على شيء معين مباشر فصاحبه يستطيع الاحتجاج به ضد الكافة ، وله حق تتبعه ، وليس لأحد أن يعترض عليه فى استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه على النحو الذى يريد .

إلا أن مقتضيات الحياة فى المجتمع الحديث أدت إلى الحد من إطلاق الملكية وتقييدها مخافة أن تنقلب بين يدي المالك إلى تحكم واستبداد بفوت صالح الجماعة ، أو يعطل بعض مصالح الأفراد المشروعة ، أو يعوق استغلال بعض الثروات والملكيات على نحو صالح مفيد للقانون يملك تقييد هذه السلطات ، فإذا كان الأصل فى الملكية أنها حق جامع مانع ، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناءات كثيرة من شأنها أن تحد من سلطات المالك على الشيء ، بل وتتيح تدخل الغير فى ملكه ، وقد يؤدى ذلك إلى تملك الغير لملكه جبراً عنه .

وهذه القيود أخذت تزداد يوماً بعد يوم إلى حد أن أصبح ينظر إلى الملكية اليوم فى التشريعات الحديثة على أنها وظيفة اجتماعية ، وليست ذلك الحق الفردى المقدس ، فهى وظيفة يجب أن تقوم بها لتحقيق الصالح العام للمجتمع .

ومن ذلك : جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها للمنفعة العامة بعد أن يدفع للمالك تعويضاً عادلاً ، ومن ذلك أيضاً : التسعير الجبرى ، وفيه يجبر المالك على بيع سلعة بثمن لا يجاوز حداً معيناً ، ومن ذلك حق الشفعة والاسترداد أيضاً فبيهما

---

(1) يراجع : الوسيط للسنهوري 8 / 530 . الوجيز د / محمود زكى 34 ، الموجز د / حسن كيرة

يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشتري الأصلي<sup>(1)</sup> وقد يسمى التملك الجبرى فى الإصطلاح القانونى بنزع الملكية الجبرى أو التنفيذ الجبرى . فإذا ما امتنع المدين عن الوفاء لجأ الدائن إلى القضاء لإجباره على التنفيذ . فالتنفيذ الجبرى اقتضاء الحق للشخص من ذمة شخص آخر ، أو اخذ مال المدين عنوة وتحويلها إلى مبلغ من النقود يقتضى منه الدائن حقه الذى نازعه فيه المدين<sup>(2)</sup> .

ويكون للتنفيذ الجبرى بإجبار المدين على الوفاء بما تعهد به ، فإذا امتنع المدين عن الوفاء بدین عليه فإنه يجبر على ذلك بطريق الحجز على أمواله وبيعها جبرا عنه واستيفاء الدين من ثمن بيعها بالمزاد العلنى ، ويتم التنفيذ عن طريق السلطة العامة تحت إشراف القضاء<sup>(3)</sup> ورقابته بناءً على طلب الدائن<sup>(1)</sup> .

---

(1) يراجع : الوسيط د / عبد الرزاق السنهورى 8 / 532 ، 533 ، الوجيز فى الحقوق العينية د/ محمود جمال الدين زكى 52 ، الحقوق العينية الأصلية د / محمد كامل مرسى 1 / 216 وما بعدها الموجز د/ حسن كيرة 73 ، 89 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدرولى 19 / 20 ، 79 .  
(2) يراجع : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د / أحمد أبو الوفا ص 16 ط : 1982م ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، قواعد للتنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزى عبد الفتاح ص 5 ، 6 ط ، دار الفكر العربى - القاهرة 1994م ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكيم أحمد شرف ، د/ السعيد محمد الأزمزى ص 6 ط 2004م .

(3) السلطة العامة التى يتم التنفيذ عن طريقها تسمى بالسلطة التنفيذية ، وهى فى الدولة الإسلامية : الموظفون المنوط بهم تنفيذ أوامر الشرع الإسلامى ، وفى مقدمتهم رئيس الدولة ، سواء سمي خليفة أو إماما أو أميرا أو سلطانا أو ملكا أو أى اسم آخر ، ومن أعضائها الوزراء ولولاة على الأقاليم وقادة الجيوش ورجال الشرطة والمحتسبون والعمال ، وسائر الموظفون فى الدولة الإسلامية . والسلطة التنفيذية فى القانون الوضعى هي الحكومة كما نص على ذلك دستور 1971م ، وهي الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة ، وتتكون من رئيس الوزراء ونوابه ، والوزراء ونوابهم ، وجميع الموظفين ولها اختصاصات متعددة ذكرتها المادة 156 من دستور 1971 منها : تنفيذ القوانين والمحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة . يراجع : السليسة للشرعية د / عبد الله القاضي 565 ، محاضرات فى النظرية العامة فى القانون للدستور د / محمد بكر حسين 183 ، 184 ط : 1406هـ ، الوجيز فى المبادئ الدستورية العامة د / فؤاد النادى 218 .



## **المطلب الثالث**

### **الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف التملك الجبرى**

بعد بيان تعريف الملك أو التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى ، وحق الملكية ونزع الملكية الجبرى أو التنفيذ الجبرى فى القانون الوضعى يتضح لى ما يأتى :

لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن حق الملك أو التملك يثبت للشخص ولا يجوز حرمان أحد من حقه فى التملك ، وحق الملكية مصون لا يجوز الاعتداء عليه إلا فى الأحوال التى نصت عليها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية .

اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن التملك له قيود تستهدف تحقيق مصالح مشروعة كقيد الشفعة والتسعير الجبرى ، وأن التملك الجبرى يكون لمال المدين الممتنع عن الوفاء ، واستملاك الأراضى للصالح العام ، وغير ذلك مما يكون بحق كبيع الرهن .

فلذا : نستطيع أن نقف على تعريف للتملك الجبرى اتفق عليه القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى وهو " أخذ ملك الغير أو بطله قهرا لقضاء دين أو أداء حق واجب عليه أو لدفع ضرر عام أو خاص ، أو تحقيق مصلحة عامة مشروعة بعد دفع التعويض العادل المناسب واتخاذ الإجراءات اللازمة لنزع هذا الملك .

---

(1) يراجع : تمسخر للملوك القانونية د / زهير محمد اغنيى ص 36 ط 1-4 هـ - 1983 م .



## المبحث الثالث في مشروعية التملك الجبري

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مشروعية التملك الجبري في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : مشروعية التملك الجبري في القانون الوضعي .

المطلب الثالث : للموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من مشروعية التملك الجبري .

### المطلب الأول مشروعية التملك الجبري في الفقه الإسلامي

لقد ثبتت مشروعية التملك الجبري في الفقه الإسلامي إذا كان بحق بأدلة كثيرة من السنة <sup>(1)</sup> والآثار <sup>(2)</sup> منها :

من السنة : ما روى عن كعب بن مالك <sup>(3)</sup> أن النبي - صلى الله عليه وسلم -  
" باع مال معاذ بن جبل في دين كان عليه " <sup>(4)</sup> .

---

(1) السنة لغة الطريقة والسيرة : وسنة النبي - صلى الله عليه وسلم - ما ينسب إليه من قول أو فعل أو تقرير .  
واصطلاحاً : ما صدر من الرسول - صلى الله عليه وسلم - من الأدلة الشرعية من قول أو فعل ليس يمثل ولا معجزة . يراجع : المصباح المنير 176 كتاب السنين مادة سنة ، والمعجم الوسيط 481 ، الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين أبي الحسن علي الأُمَدي 1 / 127 ط : مكتبة محمد علي صديق ولولاده ، الإبهاج في شرح المنهاج تبيين على المبكي على ملهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي 2 / 288 ، ط : مكتبة التكايف الأزهرية 1401 هـ .

(2) الآثار : جمع أثر والأثر العلامة وما خلفه السابقون ، والخبر المروى ، والسنة الثابتة ، والحديث رواه ونقله عن غيره ، والمأثور ، المكرمة لأنها تنقل ويتحدث بها ، يراجع : المصباح المنير 9 ، كتاب الألف مادة أثر ، المعجم الوسيط ص 25 كشف اصطلاحات الفنون للشيخ محمد علي القهاتوي 1 / 95 ط : 1382 هـ ، وزارة الثقافة والإرشاد حققه د/ لطفي عبد البديع .

(3) كعب بن مالك : هو أبو عبد الله كعب بن مالك بن عمرو بن القين الأضراري السلمي المدني ، أحد شعراء الرسول " صلى الله عليه وسلم " الثلاثة ( حسان بن ثابت - عبد الله بن رواحة ، كعب بن مالك ) شهد سائر المشاهد إلا بدر وتبوك ، وكان أحد الثلاثة الذين خلفوا في غزوة تبوك . ولقد سبق ليلة العقبة ، وجرح يوم أحد أحد عشر جرحاً ، روى عنه أولاده عبد الله وعبيد الله ومحمد ، وجابر وأبو أمامة وغيرهم ، وله ثمانين حديثاً . وثوفى -

ومن الآثار : ما فعله عمر بن الخطاب <sup>(2)</sup> ، وعثمان بن عفان - رضي الله عنهما - <sup>(3)</sup> حينما ضاق المسجد الحرام وأرادوا شراء بعض الدور المحيطة به ، فوافق البعض ، وأبى البعض لحاجتهم إليها ، فأخذها منهم جبراً ووضعها قيمتها في بيت المال حتى أخذها أصحابها تقديماً للمصلحة العامة <sup>(4)</sup> .

فإذا كان أساس العقود في الإسلام هو الرضا عملاً بقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم .. ﴾ <sup>(5)</sup> .

سالمدينة سنة 50 هـ - وقيل 53 رحمه الله تعالى . يراجع : شذرات الذهب 1 / 56 ، الأعلام 5 / 228 ، 229 ، تهذيب الأسماء واللغات للنووي 2 / 378 .

(1) يراجع : لمنن الكبرى للبيهقي 6 / 48 ط : دار الفكر ، سنن الدررلطنى 4 / 231 ، ط : دار المحاسن ، المصنف لعبد الرزاق 8 / 268 ، حديث رقم 15177 ط : المكتب الإسلامى ، سبل السلام للصنعانى 3 / 113 ط : دار الريان للتراث ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكانى 5 / 292 ط : دار الحديث ، والحديث مرسل ، وقيل عبد الحق : المرسل أصبح من المتصل ، وقيل : حديث ثابت .

(2) عمر بن الخطاب : هو عمر بن الخطاب بن نفيل القرشى ، ولد قبل البعثة بثلاثين سنة ، أسلم في السنة السادسة من الهجرة ، ولقبه الرسول صلى الله عليه وسلم بالفاروق ، وكناه بأبى حفص ، ودعا له أن يمز الإسلام به فلجأب الله دعاه فيه ، وتولى خلافة المسلمين ثلاث عشرة سنة ، وأول من لقب بأبى للمؤمنين وأرج التاروخ الهجرى ، وتوفى النبى صلى الله عليه وسلم وهو عنه راض . يراجع : الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر 7 / 74 ط : دار نهضة مصر ، أسد الغابة فى معرفة الصحابة 4 / 145 ، تذكرة الحفاظ للذهبي 1 / 5 وما بعدها ، ط : دار الفكر العربى ، صفة الصفوة لابن الجوزى 1 / 268 نشر دار الوعى - حلب ، الأعلام لنزركلى 5 / 45 شذرات الذهب 1 / 33 .

(3) عثمان هو : عثمان بن عفان بن أبى العاص بن أمية القرشى المكى ثم المنى أمير المؤمنين أبو عبد الله ثالث الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة . أسلم قديماً هاجر الهجرتين ، زو الدورين لتزوجه بنتى رسول الله صلى الله عليه وسلم إحداهما بعد الأخرى ، ولد فى السنة المسلمة بعد عام الفيل ، وقيل سنة 35 بالمدينة وهو ابن تسعين سنة ، روى 146 مائة وستة وأربعون حديثاً وروى عنه من الصحابة والتابعين خلائق كثيرة ، بويج بالخلافة سنة أربع وعشرين ، وحج بثلاث عشرة سنين ، يراجع : أسد الغابة 3 / 584 وما بعدها رقم الترجمة 3583 ، صفة الصفوة 1 / 112 ، شذرات الذهب 1 / 40 ، تهذيب الأسماء واللغات للنووي 1 / 298 ط : دار الفكر - بيروت 1416 هـ . الأستقام 4 / 371 .

(4) يراجع : سنن البيهقي 6 / 168 ، المصنف لعبد الرزاق 8 / 89 رقم 14383 ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي 3 / 333 ، حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 4 / 379 ط : دار الفكر - بيروت 1412 هـ .

(5) جزء من الآية رقم 29 من سورة النساء .

إلا أن هناك حالات مستثناة من هذا الأساس يتكلى فيها نقل الملك جبرا ، ترجيحاً لمصلحة عامة على مصلحة خاصة ، أو ترجيحاً لدفع ضرر على جلب مصلحة .

ولقد ذكر الفقهاء أن من أسباب الملك : العقد ولو كان إجبارياً كما فى الشفعة<sup>(1)</sup>، فللشفيع أن يتملك العقار المبيع جبرا على مشتره بما قلم عليه من الثمن والكلفة . فالملك الخاص ينزع من صاحبه جبراً بقيمته إن لم يرض بذلك مختاراً وذلك لقضاء دين ولجب عليه، وهذا ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم مع معاذ بن جبل - رضى الله عنه - وللقاضى أن ينوب عنه فى بيع ماله ليوفى ما عليه ترجيحاً لمصلحة الدائن على مصلحة المدين الناتجة عن عدم بيع ماله إلا بإذنه ، لأن الممتنع عن أداء دينه كان ظالماً ، وللقاضى أن يرفع هذا الظلم .

وينزع الملك مراعاة للمصلحة العامة كإنشاء مستشفى أو مدرسة أو جامعة أو مسجد ويدل على ذلك فعل عمر وعثمان - رضى الله عنهما - وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكر عليهما ، فكان ذلك كالإجماع<sup>(2)</sup>، ولأن هذا يؤدى إلى استقرار المعاملات بين الناس<sup>(1)</sup>.

---

(1) الشفعة لغة : مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة ، ضد الوتر .

وشرعاً : حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار .

يراجع : لسان العرب 8 / 183 ط : دار صادر . باب العين فصل لثمن ، مجمع الأثر 2 / 472 ، التقاوى الهندية 5 / 160 وسياق مزيد من التفصيل لتعريف الشفعة .

(2) الإجماع : لغة العزم والإتفاق يقال : أجمعت عليه ، عزمته عليه ، ولجسوا على الأمر ، اتفقوا عليه ، واصطلاحاً : اتفاق أهل القل والعقد وهم المجتهدون من أمة سيدنا محمد " صلى الله عليه وسلم " بعد وفاته فى عصر على أمر من الأمور .

يراجع : لمصباح المنير 69 كتاب الجيم مادة جمع ، المعجم الوسيط باب الجيم ص 156 ، تهذيب الأسماء واللغات للنورى 3 / 51 ط : دار الفكر ، نهاية السؤل شرح منهاج الأصول المسمى بشرح الأسنوى للإمام جمال الدين الأسنوى 2 / 275 ط : محمد على صبيح ، منهاج القول شرح منهاج الوصول المسمى بشرح البنخشى للإمام محمد بن الحسن البنخشى 2 / 273 ط : محمد على صبيح الإبهاج للسبكي 2 / 389 .

ويد هذا إجماعاً سكوتياً لأن الإجماع : إما أن يكون صريحاً قولاً أو فعلاً . كاتفاق المجتدين عن طريق إبداء كل منهم رأياً صريحاً أو بعمل كل واحد منهم كإجماعهم على خلافة أبى بكر ومعاملتهم بالمزارة - وقد يكون الإجماع غير صريح وهو الإجماع السكوتى وهو أن يعمل بعض المجتدين فى عصر علما أو يبتدى رأياً صريحاً فى مسألة -

فلذا كان التملك الجبرى مشروعاً إذا كان بحق بل مطلوباً ، وجعله بعض الفقهاء واجباً كتوسيع مسجد ضاق على المسلمين أو توسيع طريق عام ، أو جبر المدين المماطل على دفع ما عليه من ديون ، أو نفقة ولجبة ، وغير ذلك من الصور والحالات التى يكون التملك فيها بحق ، والتى ستظهر إن شاء الله تعالى من خلال ثنايا هذا البحث .

لما إذا كان التملك الجبرى بغير حق ، كمن أخذ مال الغير جبراً وقهراً أو خفية بغير حق كالغصب <sup>(2)</sup> والسرقة <sup>(3)</sup> ، وغير ذلك من الدوافع الأنانية والانتقامية التى يلجأ إليها الأفراد أو الحكام للتضييق على الناس ، أو الانتقام منهم بطريقة منافية للعدل ومخالفة للمبادئ الإنسانية فإنه يكون غير مشروع <sup>(4)</sup>.

---

«اجتهادية عن طريق فتوى أو قضاء وسكت باقى المجتهدين عن إيداء رايه بالموافقة أو المخالفة بعد علمهم بالمثل أو الحكم سيكون مجرداً عن أمارات الرضا أو السخط مع مضى زمن يكفى للبحث والنظر .

يراجع : بحوث فى أصول الفقه د / عبد الفتاح حبشلى الشيوخ 180-183 ط 1407 هـ - 1986م

(1) يراجع : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية د / أحمد فراج حسين ص 35، للملكية والشفعة د / عبد المطلب شرف الدين ص 29 وما بعدها ، الطبعة الأولى 1988م .

(2) الغصب لغة : مأخوذ من غصب الشيء غصباً : أخذه قهراً وظلماً ما لا كان أو غير مال . يراجع : المعجم الوسيط باب الغبن مادة غصب ، المصباح المنير 266 ، كتاب الغصب مادة غصب ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 241 .

وشرعاً : الاستيلاء على حق الغير عدواناً ، وقيل : أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراية . يراجع : الشرح الكبير لأبى البركات أحمد الدردير بهامش حاشية للمسوقى 3 / 442 ، ط : دار إحياء الكتب العربية ، معنى المحتاج 2 / 372 (3) السرقة لغة : أخذ المال خفية . ينظر : المعجم الوسيط 453 باب السين مادة سرق .

وشرعاً : أخذ المال خفية ظلماً من حرز مثله بلا شبهة . يراجع : حاشية كليبوى 4 / 186 ، كشاف القناع 6 / 129 .

(4) يراجع : الشرح الكبير وحاشية للمسوقى للشيخ محمد عرفه للمسوقى 3 / 6 ، مجلة لبحوث الفقهية المعاصرة ص 16 للعدد 44 السنة الحادية عشر .

## المطلب الثاني

### مشروعية التملك الجبرى فى القانون الوضعى

لقد أباح المشرع الوضعى وأجاز التملك الجبرى إذا كان بحق ، ونص على ذلك فى مواضع عدة متفرقة ، فنصت المادة 199 من القانون المدنى على أن ينفذ الإلزام جبراً على المدين .

ومحل التنفيذ للحصول على مال معين جبراً عن المدين سواء كان تنفيذاً مباشراً أو بطريق للحجز والبيع <sup>(1)</sup> ونصت المادة 805 من القانون المدنى على أنه : " لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقرها القانون وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل " .

والمادة 809 من القانون المدنى على أنه " يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه .... " .

والمادة 2 / 8 نصت على حق المرور ، والمادة 808 على حق الشرب .

والمادة 935 نصت على أن الشفعة " رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها " .

وتنص المادة 1051 من القانون المدنى على أنه " للدائن بعد التنبيه على الدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه " .

والمادة 1121 " يجوز للدائن الذى لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون أو يأمر بتملكه إياه ..... " .

ومن خلال هذه النصوص السابقة يتضح لنا : أن المشرع الوضعى أباح نزع الملك جبراً عن صاحبه فى الحالات التى ينص عليها القانون ، ويتملك صاحب الحق حقه من ثمن الشيء المنزوع أو من قيمته سواء كان دائناً أو صاحب مصلحة

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى 2 / 496 ط : دار الكتاب العربى ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 728 ( مرجع سابق ) .

أو كان ذلك لنفع ضرر ، جبرا عن المالك بالطرق المشروعة التي نص عليها القانون بعد إتخاذ الإجراءات اللازمة في ذلك<sup>(1)</sup> .

فأباح المشرع الوضعي نزع الملكية للمنفعة العامة ، والاستيلاء المؤقت على العقارات للمنفعة العامة ، ولقد وردت قيود قانونية على الملكية كثيرة ومتنوعة منها ما هو للصالح العام ومنها ما هو للصالح الخاص ، وردت بعضها في المجموعة المدنية ، وبعضها في قوانين ولوائح خاصة كالقانون رقم 10 لسنة 1990 الخاص بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وقانون للرى والصرف وكل منهما مقرر لمصالح العامة<sup>(2)</sup> .

ولقد تدخل المشرع الوضعي في نظام العقد<sup>(3)</sup> من حيث إنشائه ومن حيث آثاره:

فالمشرع يلزم شخصا معينا بإبرام عقد مع آخر ، كما هو الحال بالنسبة إلى بيع السلع المسعرة جبريا . وتدخل في ترتيب آثار العقد ، فيمنح القاضى سلطة لم تكن له في الماضى ، وهى سلطة تجاوز المألوف من صلاحيات القاضى ، ويتغى بها المشرع الوضعي تعديل آثار العقد ، بل حتى إهدارها إذا تقتضت ذلك العدالة ، والمصلحة ، كالمسلطات التي منحها المشرع الوضعي للقاضى فى صدد عقود الأذعان<sup>(4)</sup> .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 ، 58 ، 262 ، الموجز فى أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 515 .

(2) يراجع : الوسيط د / عبد الرزاق السنهورى 8 / 615 ، 616 ( مرجع سابق ) ، الحقوق العينية الأصلية د / محمد كامل مرسى 1 / 234 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدر لوى 107 ، نزع الملكية للمنفعة العامة د / محمد بكر حسين ص 26 ط 1991 مكتبة السعادة بطنطا .

(3) العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام كعقد اتبيع ، أو نفيه كالحالة التي تنقل الحق من دائن إلى آخر ، أو إنهائه بالوفاء أو الإبراء . يراجع : النظرية العامة للتزامات ( نظرية العقد ) د / عبد الرزاق سنهورى 79 - 81 ط . دار الفكر .

(4) يراجع : نظرية العقد والإدارة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقي ص 40 / 41 ط 1984 م .



فتدخل المشرع الوضعى فى نظام إنشاء العقد وترتيب آثاره بدل على مشروعية التملك الجبرى ، وأباح المشرع الوضعى للدائن إذا لم يَقم مدينه بالوفاء بالدین طواعية ولختیارا أو نازع فى أصل الدين ومقداره ، أن يلجأ إلى القضاء لکی يحصل على حكم يحسم به للشكوك التى ثارت حول حقه ثم يسعى إلى تنفيذ هذا الحكم بالحصول جبرا على حقه الذى لم يستطع الحصول عليه بإرادة المدين .

فالملكية تنتقل جبرا على صاحبها بإرادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه ، مادام هذا التملك بحق مشروع ، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة فى الشفعة ، والمزاد الجبرى عند تنفيذ الدائن على أموال مدينه ، ونزع الملكية للمنفعة العامة ، والمصادرة (1) .

---

(1) إراجع : الوسيط د / عبد الرزاق السنهورى 9 / 10 ، 11 ، قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح ص 6 . فوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكيم شرف ص 6 .



## المطلب الثالث

### الموازنة بين مشروعية التملك الجبرى

#### فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى من مشروعية التملك الجبرى وكذا القانون الوضعى يتضح لى : أن القانون الوضعى لتفق مع الفقه الإسلامى على إباحة التملك الجبرى ، بل فى بعض الأحوال جعلوا ذلك واجبا ، وعلى الأفراد أن يلتزموا بذلك .

وإن كان المشرع الوضعى قد وضع النصوص التى تنص على عدم جواز تجريد أحد من ملكه تعسفاً إلا فى الأحوال التى ينص عليها القانون ، لأن الملكية مصونة ولا يعتدى عليها .

إلا أن للإسلام فضل السبق فى تقرير ذلك منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من حرمة الملكية وعدم جواز الاعتداء عليها ، ليحافظ الإسلام على أموال الناس وصيانة حقوقهم ، فلا يجوز لولى الأمر ولا لغيره أن يتعرض لأموال الأفراد بغير حق ، وهذا هو الأصل فى الظروف العادية .

أما فى الظروف الاستثنائية وفى سبيل المصلحة العامة فلولى الأمر أن يجاوز ذلك .

فله نزع الملكية جبراً عن أصحابها فى الأحوال التى أباحتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، والتى ستوضح فى المبحث القادم إن شاء الله تعالى .

فإباحة مشروعية التملك الجبرى تودى إلى استقرار المعاملات بين الناس ، لأن أصحاب الأموال إذا عرفوا أن القانون يحميهم من المدينين ، ومن قبله الشريعة الإسلامية أقبلوا على التعامل وهم مطمئنون .

والله تعالى أعلم .



## المبحث الرابع فى حالات التملك الجبرى

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حالات التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : حالات التملك الجبرى فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من حالات التملك الجبرى .

### المطلب الأول حالات التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى

إن من أسباب التملك فى الفقه الإسلامى: العقود الناقلة للملكية كالبيع<sup>(1)</sup> والوصية<sup>(2)</sup>، وهى من أهم مصادر الملكية ، وأعظمها شأنًا وأكثرها وقوعا فى الحياة المدنية ، لأنها تمثل النشاط الاقتصادى الذى يحقق حاجات الناس عن طريق التعامل وإشباع رغباتهم .

---

(1) للبيع لغة : مبادلته مال بمال ، أو مبادلة سلعة بمال ، وهو مصدر باع يبيعه بيعا ، ومبيعا ، أعطاه إياه يثن ، وباعه ، اشتراه فهو بائع ويبيع وجمعه بيوع ، وهو من الأضداد مثل الشراء .  
واسطلاحا : عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التكبد لا على وجه القرية .  
يراجع : لسان العرب 1 / 401 ، باب العين فصل الباء ، حاشية الشيخ سليمان الجمل 3 / 4 ، ط : دار الفكر ، حاشية الجبيرى 3 / 298 ط : المكتبة التوفيقية .  
(2) الوصية لغة : الإيصال ، يقال : وصى الشيء بالشيء بضمه ، إذا أوصله به ، لأن الموصى وصل خير دنياه بخير عقباه .

واسطلاحا : تبرع بحق مضاف ولو تقدير ؛ لما بعد الموت ، أو تملك مضاف إلى ما بعد الموت .  
يراجع : لسان العرب 5 / 4853 باب الياء فصل الولو ، المصباح المنير 393 كتاب الولو مادة وصى .  
معنى المحتاج 3 / 49 . التعريفات للجرجاني 326 .

ويدخل فى العقود التى سبب مباشر للملكية العقود الجبرية والتى تجرى بواسطة القضاء <sup>(1)</sup> مباشرة وصراحة بالنيابة عن المالك ، أو عن سبب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها ، أو تقوم السلطة المختصة بإجبارهم على إجرائها بأنفسهم . وقد يكون التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية جبرا للمصلحة العامة أو لدفع ضرر فحالات التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى كثيرة ومتنوعة من أهمها:

1 - بيع مال المدين الممتنع عن الوفاء : فمن وجب له دين وامتنع المدين عن الوفاء به ، فلقاضى أن يجبر المدين على قضاء ما عليه من دين ، فإن امتنع يجبره القاضى على بيع ماله للوفاء بدينه ، فإن امتنع يبيع القاضى عليه ماله جبرا عنه <sup>(2)</sup>.

2 - بيع الشيء المرهون <sup>(3)</sup> : فإن امتنع المدين الراهن عن قضاء دينه المرهون به أمره القاضى بالوفاء ، وإلا أجبره على البيع أو باع القاضى الشيء المرهون لقضاء الدين للمرتهن <sup>(1)</sup>.

---

(1) القضاء لغة : الأداء والحكم ، يقال : قضيت الدين أدبته ، وقضيت بين الخصمين : حكمت. واصطلاحا : إزام من له الإلزام فى الوقائع الخصة بحكم للشرع .

يراجع : المصباح المنير 301 ، 302 ، حاشية عميرة على منهاج الطالبين 4 / 296 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر الكاسانى 5 / 193 ط : دار الفكر - بيروت ، للبحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفى 8 / 98 ، دار المعرفة ، النخيرة للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى 8 / 167 ط : دار الغرب - بيروت ، مغنى المحتاج 2 / 200 ، المحلى بالآثار للإمام أبى محمد على بن حزم الظاهرى 6 / 475 ، ط : دار الفكر ، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والجرام للشيخ أبى القاسم الحلى 2 / 89 ط : دار الأضواء - بيروت .

(3) الرهن لغة : مصدر رهن ، يقال : رهن عند فلان الشيء ، رهنًا : حبسه عنده بدين فهو مرهون ورهن .

واصطلاحا : جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى من قيمتها عند تعذر الاستيفاء ممن هو عليه .

يراجع : القاموس المحيط 4 / 231 باب النون فصل الرأه ، لسان العرب 3 / 1757 ، باب النون فصل نراء ، البيان فى مذهب الإمام الشافعى للشيخ أبى الصدين يحيى بن أبى الخير شعمرانى 6 / 7 ، ط : المنهاج للطباعة ، كشاف القناع 3 / 320 ، وسياقى مزيد من توضيحه ص : 122 .

- 3- بيع الشيء المحتكر : فمن اضطر إلى شيء عند غيره ومنعه منه وهو ليس في حاجة إليه أجبره الحاكم على البيع ، كمن منع الطعام أو الدواء للمريض ، أو السلاح للمجاهدين أو غير ذلك مما لا غنى عنه <sup>(2)</sup>.
- 4 - البيع بالسعر الذى يضعه ولى الأمر ويتملكه المشتري ولو كان جبراً عن البائع وهو ما يسمى بالتسعير الجبرى - فيجبر التجار على البيع بالسعر الذى سعر عليهم ولو لم يرضوا بذلك <sup>(3)</sup>.
- 5 - بيع مال من وجب عليه النفقة <sup>(4)</sup> لغيره إذا امتنع عن الإنفاق - ويتملك المنفق عليه مقدار نفقته من هذا المال جبراً عن المنفق <sup>(5)</sup>.
- 6 - من تثبت له الشفعة يملك المشفوع فيه جبراً عن المشتري بشئ أو بتكلفته عليه ، فالشفعة حق للشريك أو للجار فى تملك العقار جبراً على مشتريه بما دفعه من ثمن ونفقات <sup>(6)</sup>.

---

(1) يراجع : أسنى المطالب شرح روض الطالب للقاضى أبى يحيى زكريا الأنصارى 2 / 166 ط : دار الكتاب الإسلامى ، المغنى للشيخ موفق الدين أبى محمد بن قدامة 6 / 142 ط : دار الكتاب العربى .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين التميمى وشرحه للشيخ محمد بن يوسف أطفيش 8 / 179 ط : مكتبة الإرشاد ، جدة الطبعة الثالثة .

(3) يراجع : الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية للإمام ابن قيم الجوزية 382 ، 383 . ط : دار المنى - جدة .

(4) النفقة لغة : مأخوذة من نفق الشيء نقاً ، فنى ، ونفقته : أفنيته ، وهى اسم من الإنفاق . واصطلاحاً : الإنفاق على الشيء بما به يقاؤه .

يراجع : مختار الصحاح 304 باب النون مادة نفق ، المصباح المنير 367 ، كتاب النون مادة نفق . شرح فتح القدير 4 / 378 .

(5) يراجع : بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للإمام أحمد بن محمد النصارى 1 / 487 ط : دار الفكر ، فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال 5 / 333 ط : دار الجواد .

(6) يراجع : المبسوط للإمام أبى بكر محمد المرعى 14 / 91 ط : دار المعرفة . بدائع الصنائع 6/5 النيل 11 / 336 .

7 - الاستملاك للصالح العام ، كاستملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة ، أو المصلحة العامة كتوسيع مسجد ، أو إنشاء مستشفى أو طريق ونحو ذلك بعد تعويض صاحبها (1).

8 - نزع الملكية جبراً عند العجز عن الإعمار - كما في الإقطاع (2) ، وإحياء الأرض الموات (3) إذا دفعها الإمام وأعطاهما لمن يقوم بتعميرها واستصلاحها وعجز عن ذلك فإنها تنزع منه جبراً وتدفع لمن يقوم بتعميرها واستصلاحها (4).

9 - نزع الملكية عن طريق المصادرة ، وذلك إذا كان في المال شبهة الحرام ، فمن ملك شيئاً عن طريق الرشوة (5) ، أو النهب (6) أو استغلال النفوذ ، وغير ذلك مما فيه شبهة الحرام فإنه ينزع منه وتنتقله للدولة جبراً عنه (7).

---

(1) يراجع : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للإمام برهان الدين المعروف بابن فرحون 2 / 150 ط : دار الكتب العلمية ، الأحكام السلطانية للإمام أبي الحسن الماوردي 162 ط: مصطفى الباني الطلي ، الأحكام السلطانية للقاضي أبي بلى الحنبلي 190 ط : دار الكتب العلمية .

(2) الإقطاع : اختصاص الإمام أحد الأفراد من رعيته بمساحة معينة من الأرض دون غيره ليقوم بعمارته واستصلاحها على أن يتم هذا في مدة معينة . يراجع : البيان العمري 7 / 493 هامش 1 .  
(3) إحياء الأرض الموات : هو أن يعمد شخص إلى أرض لم يتقدم ملك عليها لأحد فيحييها بالمقى والزرع والغرس . يراجع : مغني المحتاج 2 / 494 ، شرح الأزهري للشيخ محمد علي الشوكاني 3 / 321 ط : دار إحياء التراث العربي .

(4) يراجع : حاشية الدسوقي 4 / 66 .

(5) الرشوة : أخذ مال لإبطال حق أو تنفيذ باطل ، أو ما يبتل ليحكم بغير حق أو يمنع عن الحكم بالحق يراجع : التعريفات للبرجاني 148 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 4 / 181 ، مغني المحتاج 4 / 496 .

(6) النهب : الغارة . يقال : نهب الشيء نهباً ، أخذه قهراً ، وزمان النهب . أي الانتهاب ، وهو الغلبة على المال وقهره . يراجع : لمصباح المنير 372 كتاب النون مادة نهب ، المعجم الوسيط 977 باب النون مادة نهب .

(7) يراجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين 4 / 61 .



10 - التمكن من الحقوق الواجبة ، كحقوق الارتفاق من مرور ، وشرب ، وصرف ، أو إجبار الشريك على قسمة الشيء المشترك وتمكين شريكة من حقه للواجب جبراً عنه <sup>(1)</sup>.

11 - رد الحقوق لأصحابها إذا كانت موجودة أو قيمتها إذا لم تكن موجودة ، كجبر الغاصب والسارق على رد الشيء المغصوب أو المسروق ، وجبر المنتقط على رد اللقطة <sup>(2)</sup> إذا عرفها صاحبها ، وجبر المستعير على رد العارية <sup>(3)</sup> والمودع على رد الوديعة <sup>(4)</sup>. وأخذ الشيء جبراً عن حائزته إذا وجده مالكه وهو ما يسمى بالظفر بالحق <sup>(5)</sup>.

---

(1) يراجع : تكملة شرح فتح القدير ( نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ) لشمس الدين أحمد بن قنبر المعروف بقاضي زادة القندي 82/10 ط : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، المنققي شرح موطأ الإمام مالك للشيخ أبي الوليد سليمان بن خلف الليثي 48/6 ط : دار الكتاب العربي - بيروت ، مغنى المحتاج 587/2.

(2) اللقطة لغة : مأخوذة من لقط بمعنى أخذ وهي اسم للشيء الذي تجده ملقى على الأرض فتأخذه . واصطلاحاً : الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه أمانة .

يراجع : المصباح المنير 330 ، 331 ، كتاب الأم مادة لقط ، بدائع الصنائع 6 / 304 .

(3) العارية لغة : مأخوذة من تتعارف وهو التناول .

واصطلاحاً : إياحة الإئتماع بملك الغير بما يحل به الانتفاع مع بقاء عينه ليرده .

يراجع : للمعجم الوسيط 667 باب العين مادة عاد ، تكملة شرح فتح القدير 3/9 ، مغنى المحتاج 356/2.

(4) الوديعة لغة : مأخوذة من ودع بمعنى ترك .

واصطلاحاً : توكيل بحفظ مال غيره تبرعاً .

يراجع : مختار الصحاح 321 ، باب الواو مادة ودع ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن المرادوي 6 / 316 ط : دار إحياء التراث العربي .

(5) يراجع : فيما سبق : البحر الرائق 7 / 275 ، كشف القناع 4 / 182 ، النيل 13 / 474 . الموسوعة الفقهية الميسرة ص 53 ، 375 ، الفقه الإسلامي وأصله د / ربيعة الزحيلي 4 / 2913 . المنخل الفقهي العام د / مصطفى الزرقا 1 / 105 ط : دار الفكر ، الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حسين ص 35 ، الملكية وللشفعة د / عبد العظيم شرف الدين ص 8 ، 29 الطبعة الأولى 1988 القاهرة . وغير ذلك من الحالات التي ألباحها المشروع الوضعي ، والتي ستضخ من خلال تأني هذا البحث .

ولكل حالة من الحالات السابقة للتملك الجبرى حكمها الخاص بها وسيتضح ذلك من خلال نثايا هذا البحث إن شاء الله تعالى كل فى موضعه .

## المطلب الثاني

### حالات التملك الجبرى فى القانون الوضعى

الأصل أن ملكية الأشياء لا تنتقل من يد مالكها إلى غيره إلا برضاه وإرادته ، لأن القانون الوضعى يحمى المالك حماية شاملة ، فيمنع الغير من الاعتداء على ملكه ، ويدع فى يده سلاحاً قوياً فى دعوى الاستحقاق يسترد بموجبها ملكه من تحت يد أى حائز لها غاصباً كان أو غير غاصب .

ولكن إذا كانت الإرادة حرة فى تحديد التصرف وأثره التى تنشئه بالنسبة إلى صاحبها وفى الحدود التى لا تمس الغير ، إلا أن هذا المبدأ - مبدأ سلطان الإرادة - أخذ ينقلص وينتسك ابتداءً من القرن العشرين تحت تأثير المبادئ الاشتراكية التى أخذت تتفغل وبسرعة دخل المجتمع الحديث .

فمبدأ سلطان الإرادة نتيجة طبيعية للنزعة الفردية التى تقدم إرادة الفرد ، إلا أن هذا لا يتفق مع مبدأ الاشتراكية التى أساسها صالح الجماعة لا الفرد ، فهى تعمل على منع تسلط القوى على الضعيف عن طريق تقييد إرادة الأول لصالح الثانى حتى تصل إلى المساواة الفعلية بين الطرفين .

وأهم قيود مبدأ سلطان الإرادة :

1 - حماية الجانب الضعيف فى التصرف للقانونى : حيث يقيد القانون إرادة الجانب القوى بالشكل الذى يمنع به تسلطه على الجانب الضعيف ، ومن أمثلة ذلك عقود الإذعان التى يضع أحد طرفيها شروطها ، ولا يقبل مناقشة فيها ، ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد التسليم كشروط عقود الكهرباء ، والنقل العام ، فيحد القانون من حرية الطرف القوى الذى يملئ شروط العقد ، لصالح الطرف الضعيف المذعن - وذلك بأن يمنح للقاضى سلطة تعديل الشروط للتصفية التى قد يشملها العقد ، أو أن يعفى الطرف المذعن منها .

2 - حماية صالح الجماعة . حيث يعدد القانون الوضعى إلى الحد من دور الإرادة من ترتيب الآثار القانونية للتصرفات ابتغاء وجه الصالح العام ، كما هو الشأن

فى بيع السلع بالسعر الذى تضعه الدولة دون تدخل لإرادة الطرف البائع ؛  
ونلك لرفع الحرج والعنت عن الجماعة . وإذا تعارض حق الملكية مع مصلحة  
عامة فالمصلحة العامة هى التى تقدم ولو أدى ذلك إلى إلغاء هذا الحق ونلك  
ما فعله المشرع الوضعى من إياحة نزع الملكية للمنفعة العامة .

وإذا تعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك؛  
فهى التى تقدم ، وهذا أبلغ مظهر من مظاهر التضامن الاجتماعى ، ويجب الموازنة  
بين مصلحة المالك ومصلحة الأجنبى ، فما كان أولى بالرعاية وجب تقديمه ، حتى  
تكون الملكية قد أدت وظيفتها ، ولاشك أن مصلحة الدائن أولى من مصلحة المدين،  
والشئيع مصلحته أولى من المشتري الأجنبى ، والمرتهن مصلحته أولى لاستيفاء  
دينه من الراهن .

إذا كان المشرع الوضعى يعترف للإرادة بالقطرة على إحداث الآثار القانونية  
إذا اتجهت لذلك ، ولا يجوز لأحدهم نقضه أو تحيله إلا باتفاقهم ، حيث نص على  
أن " العقد شريعة المتعاقدين " م 147 / 1 مدنى إلا أنه لم يترك هذا المبدأ على  
إطلاقه بل قيده بقيود كثيرة منها فى القانون المدنى قواعد التسعير الجبرى ، فلذلك  
أباح المشرع الوضعى فى بعض العقود أن تتعقد بإرادة واحدة دون اعتبار للرضا  
من الطرف الآخر ، وأباح التملك الجبرى وله حالات كثيرة منها :

( 1 ) ما يملك قهراً لتحقيق مصلحة عامة تعلقت به ويشمل :

- أ - نزع الملكية للمنفعة العامة كتوسيع مسجد أو بناء مدرسة أو توسيع طريق.
- ب - نزع الملك لعدم استصلاحه وتعميره أو تجاوز الملكية الزراعية حداها  
الأقصى.
- ج - نزع الملك عن طريق المصادرة أو تأميم المشروعات الخاصة أى نقلها إلى  
القطاع العام .

- ( 2 ) ما يملك قهراً لتحقيق دفع مضرّة عن فرد هي أولى بالاعتبار ويشمل :
- أ - نزع الملك جبّراً في التنفيذ على أموال المدين أو بيع الشيء المرهون أو بيع المال لحق واجب كالنفقة .
- ب - نزع الملك في حق الشفعة وحق الاسترداد وفيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشتري الأصلي .
- ج - نزع الملك في القسمة للأشياء المشتركة وتملك الشريك لحقه جبّراً عن شريكه .
- د - التملك الجبري عن طريق التمكن من حقوق الارتفاق ، حيث يجوز للجار أن يجبر المالك على أن تمر بأرضه المياه الكافية من رى وصرف أو أن يمر بأرضه بعد دفع التعويض العادل .
- هـ - للتسعير الجبري وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمن لا يجاوز حداً معيناً<sup>(1)</sup>.

(1) يرجع فيما تقدم :

نروس في مصادر الالتزام أ / د / لاشين محمد الغياثي ص 23 وما بعدها ط 1403 / 1983م نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقي ص 41 - 46 .

الوسيط في شرح القانون المدني د / عبد الرزاق السنهوري 8 / 532 ، 533 ، 555 ، 557 ، 559 .

618 ، عقد الإذعان أ . د / لاشين الغياثي ص 1008 بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا - العدد الأول 1406هـ - 1986م .



## المطلب الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من حالات التملك الجبرى

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من حالات التملك الجبرى  
يتضح لى ما يأتى :

لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى على أن الملكية لا تنتقل إلا بالرضا  
والاختيار إلا فى حالات معينة فيجوز فيها التملك الجبرى - أى تنتقل الملكية بدون  
رضا الطرف الآخر وذلك يكون القانون الوضعى قد وافق ما ذهب إليه الفقهاء  
المسلمون من حالات التملك الجبرى التى تبيح للشخص أو للدولة أن يملك ملك  
الغير قهراً عنه فى الأحوال وبالشروط التى وضعها الفقه الإسلامى والقانون  
الوضعى . .

وإن كان بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى خلاف فى بعض الحالات  
إلا أن هذا الخلاف يكون فى الإجراءات التى تتبع عند التملك من حيث التنفيذ على  
أموال المدين وطرق بيعها ، وسيظهر هذا الاختلاف فى موضعه إن شاء الله تعالى  
من هذا البحث .





## المبحث الخامس

### فى أسباب التملك الجبرى<sup>(1)</sup>

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : لمباب التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : أسباب التملك الجبرى فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من أسباب التملك الجبرى .

## المطلب الأول

### أسباب التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى

إن من أسباب التملك الجبرى الامتناع عن فعل الواجب ، وتتووع أسبابه بتتووع حالاته فحيثما يكون الأمر واجباً ، فإنه يجبر عليه عند الامتناع عنه ، وهذا الواجب يتتووع إلى أنواع منها : ما لوجه الله تعالى ابتداء ، أو ما التزم به الشخص طواعية واختياراً ، أو تحصيل منفعة ، أو دفع مضرة .

فمن أسباب التملك الجبرى ما يلى :

1- الامتناع عن أداء واجب ، كالامتناع عن النفقة الواجبة للزوجة أو الأقارب :

فمن امتنع عن الانفاق الواجب عليه : يجبر عليه ويكون ذلك سبباً لمن يستحق النفقة أن يملك مقدار النفقة التى يستحقها من ماله جبراً عنه<sup>(2)</sup> .

---

(1) السبب لغة : اسم لما يتوصل به إلى المقصود .

وفى الشرع : ما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر منه ، كالوقت للصلاة . وعند علماء الأصول : ما يلزم من وجوده لوجود ومن عدمه لعدم لنته .

يراجع : المعجم الوسيط 437 . المصباح المنير 159 ، التعريفات للجرىانى 154 ، إرشاد القحور إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بن على آشوكاى 1 / 78 ط : دار السلا - القاهرة 1418هـ .

(2) يراجع : بلغة المسالك لأقرب المسالك 1 / 487 .

## 2- الامتناع عن تنفيذ ما التزم به :

فمن لمتنع عن تنفيذ ما التزم به ، فإن ذلك يكون سببا من أسباب التملك الجبرى كالامتناع عن تسليم الثمن إذا أخذ المبيع ، أو أداء الدين الذى عليه من قرض (1) أو بيع أو رهن أو غير ذلك مما التزم به ، أو عدم رد العارية أو الوديعة، أو التمكين من حق وجب عليه كحق الارتفاق ، فالامتناع عن ذلك سببا للتملك الجبرى (2) .

## 3 - التعدى على ملك الغير :

فمن تعدى على ملك غيره بالغصب أو السرقة وامتنع عن ردها لأصحابها ، فإنه يجبر على ذلك وتملك منه جبراً ، وكذلك إذا امتنع عن أداء الأمانات لأصحابها وجدها ، لأن كل ما يجب على الإنسان الوفاء به لغيره ولم يفعل يكون سببا للتملك الجبرى (3) .

## 4 - دفع الضرر الخاص أو العام :

فمن أسباب التملك الجبرى دفع الضرر الذى يصيب الغير فردا كان أو جماعة، كمن كان عنده طعام أو دواء فاضل عن حاجته ويحتاج إليه الناس وامتنع عن البيع، فإنه يجبر على البيع دفعا للضرر عن الجماعة ، أو تغالى فى السعر وزاد

---

(1) القرض : لغة مأخوذ من قرض الشيء قرضاً : قطعه ويطلق اسماً على الشيء المقرض ، ومصدراً على الإقراض .

واصطلاحاً : تملك شيء على أن يرد مثله أو بئله ، أو دفع مال إلى الغير لينتفع به على وجه القرينة ثم يرد بئله أو مثله .

يراجع : المصباح المنير 296 ، مختار الصحاح 245 ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار للعلامة محمد علاء الدين الحصكفى 4 / 179 ط : دار الفكر بياض حاشية رد المحتار ، حاشية الدسوقي 3 / 222 المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين بن مفلح المؤرخ الحنبلى 4 / 204 ط : المكتب الإسلامى - دمشق .

(2) يراجع : البحر الرائق 8 / 98 ، لى المطالب 2 / 166 .

(3) يراجع : كشاف القناع 4 / 182 .

فيه عن أهل السوق وتحكم في ألقوات المسلمين ، فإنه يجبر على البيع بالسعر الذى يضعه الحاكم فالامتناع عن البيع والمغالاة فى الأسعار سبب للملك الجبرى لدفع الضرر عن الجماعة <sup>(1)</sup> .

وكذا من أسباب التملك الجبرى دفع الضرر الخاص كما فى إجبار الشريك على حصة العين المشتركة إذا كانت قابلة للقسمة دون ضرر ، ودفع الضرر عن انشاء بتملكه للمشروع فيه جبرا عن مشنريه لدفع الضرر <sup>(2)</sup> .

## 5- الحاجة للمصلحة العامة :

فمن أسباب التملك الجبرى وجود المصلحة العامة ، كتوسيع مسجد ضاؤ بالمصلين أو توسيع طريق علم ، أو بناء مستشفى ، وغير ذلك من المصالح العامة فمن امتنع عن البيع لاختيارا يكون متعنتا وظالما ولا يقر عليه ، وينزع منه جبرا نظير تعويض عادل ، تقديما للمصلحة العامة ، وإيثارا لها على غيرها <sup>(3)</sup> .

## 6- تعطيل الملك وعدم استغلاله :

يجبر الإنسان على استثمار ما هو صالح للاستثمار من ماله ، فمن امتنع من اعمار الأرض التى استقطعها الإمام له ، أو التى قام بإحيائها ، فإنها تؤخذ منه جبرا وتُدفع لمن يقوم بتعميرها ، فتعطيل الملك سبب للملك الجبرى <sup>(4)</sup> .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 193 ، الطرق الحكمية لابن قيم 382 ، النيل 8 / 179 .

(2) يراجع : تكملة شرح فتح القدير 10/ 84 ، المنتقى للبايى 6 / 48 .

(3) يراجع : تبصرة الحكام 2 / 150 ، الأحكام السلطانية للمواردى 162 ، الأحكام السلطانية لأبى يعنى الحنبلى 190 .

(4) يراجع : حاشية للسوقى 4/ 66 ، الفقه الإسلامى وأدلته د / وهبة الزحلى 4 / 2866 . 2913 ، 3047 ، الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حصين 35 . الملكية فى الشريعة الإسلامية للشخ / عنى "خفيف 85 ط : دار الفكر العربى 1416 هـ / 1996م الموسوعة الفقهية لميسرة ص5 . د / محب رولى قلعة .

## 7- وجود شبهة الحرام في المال :

فمن أسباب التملك الجبري وجود شبهة للمال الحرام ، فينزع هذا المال جبرا عن ماله وتتملكه الدولة ، وذلك كمصادرة بعض الأموال محل الجرائم المنهى عنها ، والتي يظن أنها قد جمعت بطريق غير مشروع كاستغلال النفوذ والرشوة وغير ذلك<sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : حاشية رد المحتار 4 / 61 ، القواعد لابن رجب الحنبلي ، القاعدة الثالثة والعشرون ص 31 ، 32 ، ط : نشر دار المعرفة للطباعة - بيروت ، الملكية والشفعة د / عيد العظيم شرف الدين ص 29 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص 17 . 18 العدد 44 السنة الحادية عشر .

## **المطلب الثاني**

### **أسباب التملك الجبرى فى القانون الوضعى**

إن أسباب التملك الجبرى فى القانون الوضعى تتنوع بتنوع حالاته ويمكن استخلاص ذلك فيما يلى :

#### **1- الامتناع عن الوفاء بالواجب :**

فالحالة القانونية الناشئة عن اقتضاء الحق بالقوة الجبرية ، والتي تبيح للدائن أن يستوفى حقه من المدين جبراً عنه سببها : امتناع المدين عن الوفاء بالواجب عليه ، كما أن الخصومة - المطالبة للقضائية - سببها للزراع حول الحق وعدم الإعراف به ، فالمطالبة بالتنفيذ الجبرى سببها هى الأخرى الامتناع عن الوفاء<sup>(1)</sup>.

فإذا لم يقم المدين بالوفاء تقوم السلطة العامة بناءً على طلب الدائن بإجبار المدين على الوفاء بالتنفيذ على أمواله أى بيعها جبراً على يستوفى الدائن حقه من ثمنها .

سواء كان هذا الدائن دائناً عادياً أو دائناً مرتتهناً ، أو صاحب حق واجب ، فإذا رفع الدائن دعوى التنفيذ العينية لكى يحصل على حكم به من القضاء حتى يتمكن من الحجز على أموال مدينه وبيعها بالمزاد العلنى استيفاءً لحقه كان ذلك سبباً للتملك الجبرى<sup>(2)</sup>.

#### **2- تحقيق المنفعة العامة والصالح العام :**

فمن أسباب التملك الجبرى تحقيق المنفعة العامة ، كما فى نزع الملكية للمنفعة العامة وهذه المنفعة تختلف باختلاف الظروف والأحوال ، فالسبب الذى يدفع الإدارة إلى حرمان فرد من ملكه فى سبيل تحقيق المنفعة العامة ، هو السبب

---

(1) يراجع : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د / أحمد أبو لوفى ص 12 .

(2) يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح ص 15 ، محاضرات فى

نظرية الحق أ . د / لاشين الغاوى ص 131 ، 132 .

الواضح المتميز لتحقيق المصلحة للدولة سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية ، لأنها تعد منفعة عامة للدولة<sup>(1)</sup>.

### 3- رفع الضرر عن الغير :

فمن أسباب التملك الجبري رفع الضرر عن الغير ، كرفع الضرر عن الشفيع بتملكه الشفعة أو الشيء المشفوع فيه جبرا عن مشترية سواء كان سبب الشفعة الشركة أو الجوار وذلك لرفع الضرر عنه<sup>(2)</sup>.

### 4- التعدي على حق أو ملك الغير :

فمن أسباب التملك الجبري التعدي على حق الغير أو ملكه ، فالذي يخرج من حيازة ماله بغير رضاه بأن سرق منه أو ضاع أو اغتصب ، فيكون له حق استرداده وتملكه جبرا عن حازه ولو كان هذا الحائز حسن النية ، وإن كان له حق في الثمن الذي دفعه<sup>(3)</sup>.

### 5- إنزال العقوبة :

فمن أسباب التملك الجبري توقيع العقاب وإنزاله على الشخص، كما في المصادرة والغرض من هذه العقوبة نكبة المجرم في ماله ، وتلك العقوبة وسيلة لمكافأة الجرائم الاقتصادية ، فتنتقل الدولة إلى ملكيتها لشيء استُخدمت في ارتكاب

---

(1) يراجع : نزاع الملكية للمنفعة العامة د / محمد بكر حسين 45 / 17 ، 47 ( طعن 218 - س 51 جلسة 29 / 5 / 1985م ، قاعدة 246 مجموعة أحكام محكمة النقض 0

(2) يراجع : الوسيط في شرح القانون المدني د / عبد الرزاق السنهوري 452 / 9 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 516 ، 517 ( طعن 1247 س 52 جلسة 5/6 / 1986 ) مجموعة أحكام محكمة النقض.

(3) يراجع : الوسيط في شرح القانون المدني د / عبد الرزاق السنهوري 905 / 3 ، حق الملكية ولينيب كسبها د / عبد المنعم ثنبرولي 555 - 558 . الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكي 581 ، 582 .

الجريمة ، أو ما أسفرت عنه الجريمة من ربح أو فائدة ربوية غير مشروعة وتملكه الدولة جبراً عن أصحابها<sup>(1)</sup>.

#### 6- تعطيل الملك وعدم استعماله :

فمن أسباب التملك الجبرى أيضا تعطيل الملك وعدم استعماله واستغلاله - كما نصت على ذلك المادة 874 / 3 من القانون المنى على أنه :

" ممتلك الأرض يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال خمس عشرة سنة التالية للتملك ..... " <sup>(2)</sup>.

وغير ذلك من الأسباب للمشروعة نص عليها المشرع الوضعى والتي ستتضح من خلال هذا البحث إن شاء الله تعالى .

---

(1) يراجع : نزاع الملكية للمنفعة العامة د / محمد بكر حسين ص 17 ، تشريعات التمويل والتسعير شجبرى ، فرج علوانى هليل ص 25 ، ط : 1980م . نشر دار المطبوعات الجامعية ( نقض منى جنة 12 / 11 / 1987 من 38 ص 960 ) مجموعة أحكام محكمة النقض.

(2) يراجع : الوسيط : / السنهورى 9 / 47 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 195 . القانون المنى د/ عبد المنعم البدر اوى 424 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود جمال زكى 274 - 281 ( صعن 1720 من 52 نقض منى جلسة 1983 / 3 / 27 ) مجموعة أحكام محكمة النقض .





### **المطلب الثالث**

#### **الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى**

##### **من أسباب التملك الجبرى**

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من أسباب التملك الجبرى أرى أن القانون الوضعى يتفق تماما مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن أسباب التملك الجبرى تختلف وتتوعد بتتوعد حالاته .

فتارة يكون سبب التملك هو الإمتناع عن أداء حق أو فعل واجب ، وتارة يكون الاعتداء على حق أو ملك الغير ، ويكون التملك لعين حقه من حائزها أو ممن انتقلت إليه ، وتارة يكون سبب التملك تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، وتارة يكون سبب التملك تعطيل الملك وعدم استغلاله .

وبذلك يكون القانون الوضعى قد اتفق مع الفقه الإسلامى فى أسباب التملك الجبرى ومزيد من التفصيل والتوضيح سيظهر من خلال ثنايا هذا البحث .



## المبحث السادس

### في شروط (1) التملك الجبري وضوابطه (2)

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : شروط التملك الجبري وضوابطه في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني : شروط التملك الجبري وضوابطه في القانون الوضعي .
- المطلب الثالث : للموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من شروط التملك الجبري وضوابطه .

## المطلب الأول

### شروط التملك الجبري وضوابطه في الفقه الإسلامي

إن وفاء الحقوق في الإسلام الأصل فيه أن يكون برضا واختيار من عليه الحق بولع أخلاقي ودافع ديني ، لأن الله تعالى أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود لما في ذلك من الخير النعيم والنفع الجزيل ، ولقد ربى الرسول - صلى الله عليه وسلم - أصحابه فأحسن تربيتهم على احترام حق الغير ، وعدم اللطمع فيما لا يحل لهم ، وزجرهم

---

(1) الشرط لغة : مأخوذ من شرط له أمرا : أي للترمه ، وشرط عليه أمرا : ألزمه بإياه وهو : ما يوضع في الالتزام به في بيع أو نحوه ، وجمعه : شروط .

واصطلاحا : ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم ، كشرط وجود الشفعة أو نزع الملكية للمنفعة العامة لعدم وجود الشرط يستلزم عدم الحكم بثبوت التملك الجبري .

يراجع : المصباح المنير 189 ، المعجم الوسيط 504 ، إرشاد القبول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني 1 / 52 .

(2) الضابط لغة : اسم فاعل من الضبط ، وهو لغة : يدور حول عدة معان هي : التزوم والحفظ والحبس فيقال : ضبط الشيء حفظه بالحزم ، ولزمه لا يفارقه وأحكمه وأتقنه .

واصطلاحا : سماح الكلام كما تحقق ثم فهم معناه الذي أريد منه ، وقيل : كل ما يحصر ويحبس سواء أكان بالقضية الكلية أو بالتعريف أو بذكر مقياس الشيء أو ببيان أقسامه وشروطه أو أسبابه وحصرها .

يراجع : المعجم الوسيط 559 ، المسحاح للجوهري 3 / 955 ، باب الماء فصل الضاد ، شرح البيهقي 2 / 251 ، التعريفات للجرجاني 180 ، القواعد والضوابط للفقيه د / عبد المجيد عبد الله 27 - 29

م: دفر التنافس الأردن ، الأولى 1425هـ - 2005م .

ورهبهم من عواقب الطمع والظلم حيث روى أبو هريرة رضى الله عنه<sup>(1)</sup> عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال ( من أخذ أموال الناس يريد أداءه أدى الله عنه ، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله )<sup>(2)</sup> فمن استدان من الناس لحاجة وكان عليه دين لأخر ، وكان عازما على الأداء أعانه الله على ذلك. ولقد حذر الرسول - صلى الله عليه وسلم - من المماطلة والتسويف فى الأداء حيث روى عن عمرو<sup>(3)</sup> بن الشريد عن أبيه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " لى الواجد ظلم يحل عقوبته وعرضة " <sup>(4)</sup> أى شكايته .

---

(1) أبو هريرة هو : عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني ، أسلم عام خيبر ، أشهر من سكن الصفة واستوطنها طول عمر النبي - صلى الله عليه وسلم - روي الكثير من الأحاديث، وروى عنه خلائق من الصحابة والتابعين ، وقال عنه النبي - صلى الله عليه وسلم - أبو هريرة ، وعاء من العلم - مات رحمه الله تعالى عام 57 هـ .

يراجع : سير أعلام النبلاء لشمس الدين الذهبي 2 / 578 ط : مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1402 هـ  
لمد القباية 5 / 317 ، شذرات الذهب 1 / 63 ، حلية الأولياء 1 / 376 0

(2) يراجع : صحيح البخارى لمطبعة المنذرى المجلد الأول الجزء الثانى ص 55 ، 56 ( باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها ) ط : دار إحياء الكتب العربية ، نيل الأوطار للشوكاني 4 / 31 مبدل السلام للصنعاني 3 / 99 - 100 .

(3) عمرو بن الشريد هو أبو الوليد عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي الطائفي تابعي وأبوه صحابي ، روى عن أبيه وابن عباس وأبي رافع ، وروى عنه الزهري وإبراهيم بن ميسرة وآخرين . وروى له البخارى ومسلم وغيرهما ، وهو ثقة : يراجع : تهذيب التهذيب 8 / 47 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 344 .

(4) يراجع : فتح الباري شرح صحيح البخارى لابن حجر تعليقاً فى كتاب الاستعراض 5 / 77 باب 13 شرح التنوير لصحيح مسلم 10 / 173 ، ط : دار الحديث للقاهرة . سنن أبي داود فى كتاب الأقضية 3 / 312 حديث رقم 3628 طبعة دار الحديث 1408 ، سنن ابن ماجه فى كتاب تصانيف 2 / 811 حديث رقم 2427 ط : دار إحياء الكتب العربية . سنن الترمذى فى البيع 7 / 316 - 317 ط : دار الفكر ، نيل الأوطار للشوكاني فى كتاب التفتيش 5 / 287 حديث رقم 2309 والحديث بسنده حسن (والله : الممثل ، الواحد : للخي يجل : أي يجوز وصفه بكونه ظالماً ) .

فالشرع الحكيم يحذر ويتوعد من يريد أن يكلل أموال الناس بالباطل ولا يوفيهـم حقهم فمن لمتنع عن أداء ما عليه من حق فإنه يجبر عليه إذا توافرت للشروط الآتية :

- 1 - أن يكون الحق ثابتاً ، مضموناً ، ومحترماً شرعاً ، ومعلوماً ، وطالب صاحبه به فإن امتنع من عليه الحق عن أدائه فإنه يؤخذ منه جبراً .
- 2 - أن يكون أجل الحق قد حل ، وامتنع من عليه الحق عن الأداء أو انتهت مدة الإحياء ولم يعمر الأرض .
- 3 - أن يكون من عليه الحق موسراً والعين موجودة ورفض تسليمها ، أو منع الحق بخلأ أو جحوداً .
- 4 - أن يكون الحق فائضاً عن الحاجات الضرورية لمن عليه الحق .
- 5 - دفع الثمن أو التعويض العادل ، فيشترط فيمن يملك عن غيره ، كالأخذ بالشفعة، ونزع الملكية للمنفعة العامة ، دفع الثمن أو التعويض العادل المناسب<sup>(1)</sup>.

فإذا ما توافرت هذه الشروط جاز التملك الجبري ، ولكن هناك ضوابطاً وأموراً يجب مراعاتها ، ومن هذه الضوابط :

- 1 - أن يكون لـتملك مشروعاً وبحق .
- 2 - ألا يؤدي إلى الإضرار بمن عليه الحق .
- 3 - ألا يتجاوز الحق فيؤدي إلى الظلم والتعسف .

---

(1) يرجع : البداية شرح بداية المبتدئ للمرخياني 80/4 ط : المكتبة التوفيقية ، المعونة على مذهب عالم المدينة 2 / 165 ، تكملة المجموع الثمانية للشيخ محمد المطيعي 13 / 721 ، نشر المكتبة السلفية المدينة المنورة ، كتاف القاع 3 / 417 ، القواعد للإمام أبي الفرج ابن رجب الحنبلي ص 73 ط : دار المعرفة - بيروت ، مجلة للبحوث الفقهية المعاصرة ص 18 العدد الرابع والأربعون السنة الحادية عشر . الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف ص 72 ، 73 ، ط : دار الفكر العربي .

ولقد أباحت الشريعة الإسلامية لصاحب الحق أن يستوفى حقه بكل الوسائل المشروعة فلو وجد عين ماله عند آخر، وكان ماطلاً أو جاحداً فيباح له أخذه ديانة لا قضاءً للضرورة، ولكن لو ترتب على أخذه بنفسه فتنة أو ضرر من قبل صاحب الحق ، فليس له استيفاءه بنفسه بل بواسطة القضاء (1) .

فالإسلام جعل للحاكم جبر الناس على تنفيذ حكم الشرع ، فله جبر المحتكر على إخراج ما احتكره وبيعه ، وجبر التجار على البيع بالسعر الذى عينه لهم ، ولو أدى ذلك الجبر إلى الحبس أو الضرب المولم الذى لا يسبب عاهة حتى يؤدى الحق ، ولكن لا يكون الجبر بما هو محرم ولا بما هو أشد من ضياع الحق الذى امتنع منه (2) .

فلذا ليس لصاحب الحق الذى اعتدى على حقه أن يقتص بنفسه ، بل يلجأ إلى القضاء رافعا دعواه ليحصل على حكم من القاضى وبمقتضاه يجبره على التنفيذ، ويتمكن من الحجز على أموال المدين وبيعها ليستوفى حقه، لأن الإسلام لم يفترض فى الناس جميعا التقوى التى تمسوقهم إلى أن يوفوا بالتزاماتهم طوعا دون إجبار أو قهر ، فشرع نظام القضاء ، لأن فى طباع البشر من التناقص والتغالب فيقل فيهم المتناصر ويكثر المتخاصم ، فدعت الحاجة إلى قودهم إلى الحق ، ومع ذلك جعلت الشريعة الإسلامية استيفاء الدين بالعدل ، فلا تنزع الملكية جبرا بطريقة منافية لمبدأ العدل أو مخالفة للمبادئ الإسلامية ، فلا تجوز الزيادة فى الاستيفاء فى حكم القاضى .

---

(1) يراجع : حاشية النسوى 4/ 225 ، الجلال المحلى بهامش حاشية قليوبى 335/4 ، كشاف القناع 357/6 .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 3/ 212 ، الطرق الحكيمة لابن قيم 354 ، 380 ، الروض النضير شرح مجموع إلفقه الكبير للقاضى شرف الدين الحسين الصنعائى 3/ 308 ط : دار الجيل - بيروت - فقه الإمام جعفر الصادق 3/ 142 .

فإذا ما توافرت الشروط السابقة وروعت الضوابط فى استيفاء الحق كان التملك الجبرى جائزا ومشروعا

وإن كان يستحب ديانة لمن عليه دين من قرض أو غيره أن يرده أجد من الذى عليه لما روى عن أبي رافع <sup>(1)</sup> قال: استلف النبي صلى الله عليه وسلم بكرا ( الفتى من الإبل ) فجاءته إبل الصنقة فأمرنى أن أقضى الرجل بكرة فقلت إني لم أجد فى الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً فقال صلى الله عليه وسلم اعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء <sup>(2)</sup> .

فإن كان الحق مطلقاً غير محدد المقدار أو غير معلوم النوع فيحمل على الوسط المتعارف بين الناس ، ومع ذلك رغب الإسلام فى التسامح فى الاستيفاء والأداء .

فالأصل أن يكون استيفاء الحق كاملاً ، لكن الشرع الحكيم نذب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كاملاً أو بعضه تسامحاً وإحساناً وإيثاراً ، وخاصة إذا كان المدين فى ضائقة وذلك خير يثاب عليه فاعله ، حيث يقول الله فى كتابه الكريم : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين ﴾ <sup>(3)</sup> ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون ﴾ <sup>(4)</sup> .

(1) أبو رافع : اسمه أسلم ، وقيل ثابت ، وقيل إبراهيم ، مولى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أسلم قبل بدر ، وكان يكتم إسلامه مع العباس ، حيث كان مملوكاً له ، ثم أظهر إسلامه ، ووجهه العباس إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وزوجه مولاته سلمى فولدت له عبيد الله ، وشهد فتح مصر بعد ما أخفقه النبي - صلى الله عليه وسلم - بإسلام العباس ، وتوفى بالمدينة قبل مقتل عثمان رحمه الله تعالى .  
يراجع : حلية الأولياء 1 / 183 رقم 33 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 513 .

(2) الحديث صحيح لأخرجه الإمام مسلم فى صحيحه فى كتاب المساقاة 11 / 216 ح / 1600 باب 118 ط: دار المنار ، وأبو داود فى سننه - كتاب البيوع 3 / 245 ، ح 3346 باب حسن القضاء وابن منجه فى سننه ، كتاب التجارات 2 / 767 ، ح 2285 ، والنسائى فى سننه 7 / 291 ، ومالك فى الموطأ فى البيوع 2 / 51 ح / 77 ط: دار الريز للتراث 1408 هـ .

(3) آية رقم 40 من سورة الشورى .

(4) آية رقم 280 من سورة البقرة .

والمراد بالتصدق في هذه الآية إراء المدين من دينه (1) .

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 3 / 212 ، حاشية النسفي 4 / 225 ، الجلال المحلى 4 / 335 ، كشاف القناع 6 / 357 ، الطرق الحكمية لابن قيم 354 ، 380 ، الروض النصير 3 / 308 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 142 ، الفقه الإسلامى وأصلته د / رغبة الزحيلي 4 / 2858 وما بعدها ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص 18، 19، العدد 44 السنة 11 ، الموسوعة الفقهية للميرة 53 ، 54 ، محاضرات فى نظرية الحق أ د ، لامين الغاياتى ص 131 ، استيفاء الحقوق فى الشريعة الإسلامية د / محمد القطر . البراسى ص 31 ، رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، مسجلة تحت رقم 699 بكلية الشريعة والقانون بطنطا .



## المطلب الثاني

### شروط التملك الجبري وضوابطه في القانون الوضعي

إن المشرع الوضعي يحمي المالك حماية شاملة فيمنع الغير من الاعتداء على ملكه ويستطيع أن يسترد ملكه جبراً عن حازه ، ولو كان حسن النية .

ومع ذلك فقد ينزع الملك جبراً عن صاحبه ، ولكن يجب توافر عدة شروط حتى يستطيع الدائن أن يحصل على حقه جبراً عن المدين من أهم هذه الشروط :

- 1 - أن يكون الدين محقق الوجود ، أي وجوده مؤكد غير متنازع فيه .
- 2 - أن يكون الدين معلوم المقدار .
- 3 - أن يكون المال الذي ينزع من المدين مملوكاً له .
- 4 - أن يكون المدين موسراً قادراً على أداء ما عليه من حقوق واجبة .
- 5 - أن يكون بيده سند تنفيذي يثبت حقه .
- 6 - أن يكون الدين حال الأداء غير مؤجل .
- 7 - أن يطلب من السلطة المختصة التنفيذ الجبري .
- 8 - وكذلك يشترط فيمن تنزع ملكيته أن يكون هناك مبرر قانوني لذلك كتوسيع طريق أو بناء مستشفى ، وأن يعرض تعويضاً عادلاً مقدماً عن ملكه .

فإذا ما توافرت الشروط السابقة أباح المشرع الوضعي نزع الملكية جبراً عن صاحبها سواء كان ذلك عن طريق بيعها بالمزاد لاستيفاء الدين من ثمنها ، أو تملكها للدولة بعد دفع التعويض المناسب ولا يتم ذلك إلا عن طريق الإلتجاء إلى السلطة المختصة .

لأن الدائن أمام المدين الممتنع عن التنفيذ لا يستطيع الذهاب إليه لينفذ على أمواله بهدف استيفاء حقه ، لوجود دولة القانون في كل المجتمعات الحديثة في

الوقت الحاضر، فالسلطة القضائية هي المختصة برد الاعتداء وحماية الحقوق لأصحابها ، والسبيل إلى ذلك هو إقامة دعوى أمام المحاكم (1) .

فإذا ما توافرت هذه الشروط جاز التملك الجبرى ولكن هناك ضوابط يجب مراعاتها منها :

1 - ضرورة الالتجاء إلى القضاء لاقضاء الحقوق ، لأنه لا يجوز للمرء أن يقتص حقه بنفسه لنفسه ، حتى لا يؤدي ذلك إلى الزيادة على أخذ حقه أو الإنتقاص منه (2) .

2 - يجب اتباع الإجراءات التي وضعت لضمان الحقوق المشروعة مثل إجراءات نزع الملكية (3) .

3 - دفع التعويض العادل الذى لا يؤدي بالإضرار على الطرفين .

4 - ألا يكون هناك تعسفاً فى استعمال الحق .

5 - يجب مراعاة مصلحة الدائن والمدين .

---

(1) يراجع فيما سبق: الوسيط فى شرح القانون المدنى د / السنهورى 8 / 551 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود جمال الدين زكى 779 ط : مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة 1978م ، نصوص للتقنين المدنى، الجزء الثانى ، أحكام الالتزام محمد شتا أبو سعده ص 63، نشر: دار المنطبعات الجامعية الإسكندرية سنة 1999م ، إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا ص 19 ، 26 ، 41 ، 249 ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د/ نبيل إسماعيل عمر ص 117 ، 270 ، 293 ، 298 ، ط 1980 مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د/ عبد العزيز خليل بديوى ص 51 ، 113 ، 117 ، ط دار الفكر العربى ، الطبعة الثانية 1980م ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / السنهورى 498 - 499 ط : دار إحياء التراث العربى ، محاضرات فى نظرية الحق أ. د/ لاشين الغفالي ص 132 .

(2) ويراجع فى معنى ذلك : حكم محكمة الإسكندرية الكلية ( مستعجل ) فى 15/2/ 1940 - مجلة المحاماة العدد 20 ص 1008 ، أشار إلى ذلك د / عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط 8 / 619 هامش (1) .

(3) ويراجع فى معنى ذلك : حكم محكمة النقض المصرية جلسة 16/2/ 1939 ، 24 / ص 505 رقم 165 مجموعة عمر ( حيث جاء فيه أن لمن أخذ ملكه للمنافع العامة بغير الإجراءات القانونية لنزع الملكية حق المطالبة بالتعويض ) طعن 2176 لسنة 52 ق نقض مدنى جلسة 11/5/ 1989م .

فيجب مراعاة مصلحة الدائن بتمكينه من حقه دون مغالاة في الشكل ، فلا تكون الإجراءات باهظة التكاليف حتى لا تتجاوز تكلفتها أصل الحق ، أو معقدة فيطول أمدها مما ينجم عنه اضطراب للمعاملات ، وتبدد الثقة ، ولا ينبغي أن نتصور أن الدائن رجل ثرى يتسلط على رجل مسكين ، فكم من دائن يكون في حاجة إلى دينه أكثر من مدينه .

ويجب مراعاة مصلحة المدين ، لأن توقيع حجز غير قانوني على أمواله قد يترتب عليه هدم حياته فالمشرع الوضعي قد وضع شروطاً لحماية المدين ، وينظم للطرق المعنية لوضع مال المدين تحت يد القضاء ليبيعها بأقصى سعر ، وسعى إلى حمايته من الناحية النفسية والمادية ، فمنع للحجز في حضور الدائن رعاية لشعوره ، ولا يذهب إلى حد تجريده من كل ما يملك فصحيح فقيراً معوذاً عبثاً وعالة على المجتمع (1) .

---

(1) يراجع فيما سبق : التوسط في شرح القانون المدني د / المنهوي 8 / 617 هامش / 1 . قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات د / عزمي عبد الفتاح ص 11 وما بعدها ، إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا ص 20 ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري د / عبد العزيز بنوي ص 188 ، محاضرات في نظرية الحق أ . د / لاشين الغياتي 132 .



## المطلب الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط التملك الجبرى وضوابطه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط التملك الجبرى وضوابطه يتضح لى ما يأتى :

1 - لقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من شروط التملك الجبرى من كون الدين موجودا ، ومحققا ، وثابتا ومعلوما ، وحال الأداء وأن يكون المدين موسرا ، وأن يطالب الدائن بدينه ، وأن يكون هناك مبرر مشروع كحالة نزع الملك للمنفعة العامة . إلا أن الشريعة لا تعرف السندات التنفيذية ، لأنه فى الشريعة كان القاضى يصدر الحكم ثم ينفذ هذا الحكم تحت سمعه وبصره فلا فصل بين التنفيذ والقضاء .

أما القانون الوضعى فلقد اشترط وجود السند التنفيذى حيث لا تسمع الدعوى إلا به .

2 - ولقد وافق القانون الوضعى أيضا الفقه الإسلامى فى ضرورة مراعاة ضوابط معينة عند التملك الجبرى منها عدم جواز التصرف فى استعمال الحق ، وأنه يجب مراعاة مصلحة الدائن والمدين ، وأنه لا يجوز للشخص أن يستوفى دينه بنفسه بل يلجأ إلى القضاء ليطالب بحقه . وأنه يجب مراعاة الإجراءات اللازمة فى نزع الملكية ، ودفع التعويض العادل ، إلا أن الشريعة الإسلامية أباحت فى حالات معينة عدم تدخل السلطة لإجراء التنفيذ وإما يحق للشخص أن يستوفى حقه ، إذا ما وجد عين حقه بأن كان فى وضع بالنسبة لمدينه يمكنه من الحصول على بعض ماله ، أو يستوفى دينه ، ولو خفية دون أن يتجاوز حقه<sup>(1)</sup>.

---

(1) ارجع : قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د / عبد العزيز بديوى ص 22 وما بعدها .

أما القانون الوضعي فمنع ذلك بأن يستوفي الدائن حقه بنفسه بل لابد من ضرورة الالتجاء إلى القضاء ، لأن تدخل القاضي ينهي كل الخلافات ، ويؤدي إلى التوازن بين مصلحة الطرفين ، وإلى استقرار المعاملات .

وإن كان التنفيذ في صدر الإسلام يمتاز بالمهولة والبساطة فإنما يرجع السبب في ذلك إلى العلاقات التي كانت كذلك آنذاك باعتبار أن الوفاء الاختياري كان واجبا (1).

وإن كنت أرى أن الإجراءات أصبحت معقدة في القانون الوضعي ، وطويلة الأمد فكم من قضية مكثت في المحاكم سنين عديدة ، فيجب النظر في هذه الإجراءات حتى يتمنى لصاحب الحق أن يأخذ حقه في يسر ، دون أن يتركه هربا من طول أمد التقاضي ، وتعنت إجراءاته .

---

(1) يراجع : المرجع السابق ص 24 .

## الباب الأول

### التملك الجبري

#### عن طريق عقود جبرية

تقديم وتقسيم :

لقد جاءت الشريعة الإسلامية ، بل كل الشرائع بوجوب المحافظة على المال <sup>(1)</sup> ، لأنه عصب الحياة بلا منازع ، ومن الضروريات التي لا غنى للإنسان عنها ، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية به أيما اهتمام ، ونهت عن الاعتداء عليه ، لماله من مكانة في النفوس ودور خطير في الحياة ، فحرمت الغصب ، والسرقه ، والربا ، وأكل أموال الناس بالباطل أو الحصول عليه من غير طريق مشروع ، ونحو ذلك من كل ما يؤدي إلى جحود أموال الناس وضياعها ، وأن يكون تملك الإنسان للمال بطريق مشروع .

فإن من أسباب الملكية وأعظمها وأعمها وقوعا وانتشارا وأهمها شأنها في الاعتبار المدنية: العقود ، لأن بها يتجلى الإدراك والنشاط الإنساني ، وبها حاجات الإنسان في معظم حركاته وحياته اليومية .

والعناصر الفعال في هذه العقود هو الرضا ، لأنه القاعدة العامة لنقل الأموال في الشريعة الإسلامية ، وهذه العقود تارة تكون رضائية وهذا هو الأصل في العقود ، وتارة تكون جبرية على سبيل الاستثناء .

---

(1) المال هو : كل ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعاً عادياً ، وقيل: كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض التجارة أو عقارا أو نقودا أو حيوانا . وقيل كل ماله قيمة بين الناس وينتفع به ويجرى فيه البذل والمنع ، وقد أطلق في اللامالية على الأبل ، وكذا عند أهل البادية ، وما لا ينتفع به كحبة قمح أو قشة أو ما يطرحه القتل فلا يقع عليه اسم مال .

يراجع : لسان العرب 6 / 300 باب اللام فصل الميم ، المصباح المنير 348 كتاب الميم مادة ميل ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 28 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 313 .

فالإسلام لم يقر عقدا يلزم شخصا لم يرض به رضاً بيناً ، إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لإحقاق الحق .

فالعقود الجبرية تقوم بإجرائها : السلطة القضائية <sup>(1)</sup> مباشرة وصراحة بالنيابة عن توجب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها ، كبيع مال المدين جبراً عليه لأجل وفاء الدين إذا امتنع عن أدائه اختياراً ، من قبل القاضي الشرعى فى الفقه الإسلامى ، أو الجهات التنفيذية للقضاء ومحاكمه فى القانون الوضعى .

ومن العقود الجبرية بيع المرهون جبراً عن الراهن ، ويتملك المرتهن لحقه من ثمن الرهن إن امتنع الراهن عن قضاء الدين بعد حلوله ، وبيع الحاكم للأشياء المحتركة على محتكريها عندما يضر بالناس احتكارها 0 وكذا بيع السلع والأموال جبراً على أصحابها بالسعر الذى يضعه الحاكم ويعينه ، وهو ما يسمى بالتسعير الجبرى .

وكذلك أيضاً إجبار الممتنع عن النفقة الواجة عليه بالبيع لماله وتملك من توجب له هذه النفقة مقدارها جبراً عنه .

والشفعة التى هى حق ممنوح شرعاً لشخص أن يملك العقار المبيع جبراً عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكلفة <sup>(2)</sup>.

---

(1) السلطة القضائية : هى الهيئة التى يناط بها تفسير القانون الوضعى وتطبيقه على الوقائع التى تعرض عليها وتطرح أمامها للفصل فيها . وأعضاؤها هم للقضاء على اختلاف درجاتهم ، وهى سلطة مستقلة لها مكانة فى نفوس الأفراد ، واستقلالها يشيع الإحساس بالعدل ويزيد الاطمئنان والاستقرار ، ولحكامها واجبة التنفيذ والامتناع عن تنفيذها يعد جريمة يعاقب عليها ويقصد بها فى الفقه الإسلامى ، التمكن من تنفيذ أحكام الله بين العباد على جهة الإلزام.

يراجع : الوجيز فى المبادئ الدستورية العامة د / فؤاد محمد النادى ص 224 ، ط مؤسسة الرسالة 1406هـ - 1986م . محاضرات فى النظرية العامة فى القانون الدستورى د / محمد بكر حسين ص 184 ، 185 ، 1406هـ - 1981م .

(2) يراجع : "مخدر التقوى العام لأستاذ / مصطفى الزرقا 1 / 246 وما بعدها ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة ص 148 - 150



ففى مثل هذه الحالات تستند الملكية إلى عقد بيع صريح أجرته السلطة القضائية بالنيابة الجبرية عن المالك ، أو عقد شراء جبرى مقدر وجوده بطريق الاقتضاء ، فيفترض حصول البيع والشراء بين الطرفين بإرادة السلطة الملزمة كنتيجة لقضاء القاضى أو حكم الحاكم .

فإذا كان الأصل عدم نزع الملك من صاحبه إلا برضاه وطيب نفسه ، إلا أنه قد يلزع منه جبراً عنه فى سبيل أداء واجب ، أو قضاء حق ، أو دفع الأذى عن الغير ، أو عدم الإضرار بالجماعة ، فقد تكون المنفعة التى ينالها المالك من بقاء العين فى ملكه أقل من الضرر الذى ينال غيره بهذا البقاء .

وستتناول حالات التملك الجبرى عن طريق العقود الجبرية التى تجريها السلطة صراحة أو تقديرأ وتلك فى فصلين :

الفصل الأول : التملك الجبرى عن طريق عقود بيع جبرية

الفصل الثانى : التملك الجبرى عن طريق الأخذ بالشفعة



## الفصل الأول

### التملك الجبرى عن طريق عقود بيع جبرية

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : بيع مال المدين جبراً عنه

المبحث الثانى : بيع المرهون جبراً عن الرامن

المبحث الثالث : بيع الأشياء المحتكرة جبراً على محتكرها

المبحث الرابع : بيع الأموال والسلع جبراً على مالكيها بالسعر الذى يعينه الحاكم

المبحث الخامس : بيع الأموال جبراً على أصحابها للنفقة الواجبة عليهم

## المبحث الأول

### بيع مال المدين جبراً عنه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه .

المطلب الثانى : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه .

## المطلب الأول

### حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه فى الفقه الإسلامى

الفرع الثانى : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه فى القانون الوضعى

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الحجر

على المدين وبيع ماله جبراً عنه .



## الضرع الأول

### حكم الحجر على المدين

### وبيع ماله جبراً عنه في الفقه الإسلامي

لقد شرع الله لنا الدين وجعل لكل من الدائنين حقوقاً قبل الآخر ، فحث الدائن في مواطن كثيرة على السماحة في المعاملة ، وترك الضيق في المطالبة ، فقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ نُوَ عَصْرَةً فَنُظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرًا لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (1) .

ولقد روى جابر بن عبد الله (2) - رضى الله عنهما - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع ، سمحاً إذا اشترى ، سمحاً إذا اقتضى " (3) .

كما أمر المدين بوجوب المبادرة إلى أداء ما ثبت في ذمته اختياراً من غير قهر أو إجبار حيث يقوم بوفاء ديونه من تلقاء نفسه بوزع ديني من ضميره مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ إِنْ اللَّهُ يُلْحِمَكُم أَنْ تُؤْتُوا الْأَمْثَالَ إِلَى أَهْلِهَا .... ﴾ (4) فإن امتنع المدين وأبى حسن القضاء ، وحلول تضييع حق الدائن ، فقد أعطى الشارع الحكيم

---

(1) الآية رقم 280 من سورة البقرة .

(2) جابر ، هو جابر بن عبد الله الأنصاري السلمي المديني لقيه أبو عبد الله الصحابي ابن الصحابي ، من أهل بيعة الرضوان ، أحد الرواة المكثرين للحديث عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - له ألف وخمسمائة وأربعون حديثاً ، روى عنه بنوه وطاوس وعطاء وغيرهم ، وروى عن أبي بكر وعمر وعلي ، وغيرهم مات سنة 78 هـ ، ودفن بالمدينة عن أربع وتسعين سنة - رحمه الله تعالى . يراجع : أسد الغابة 1 / 307 ، صفة الصغرة 1 / 648 ، خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال للحافظ صفى الدين الخزرجي الأنصاري 59 ط : مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب نزعة الفضلاء في تهذيب سير أعلام النبلاء للإمام الذهبي 1 / 251 ط : دار الأئمة الخضراء .

(3) يراجع : صحيح البخاري بحاشية السندی كتاب البيوع باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع ومن طلب حقاً لطلبه في غفلة 2 / 6 ، 7 ، موطأ الإمام مالك ، جامع البيوع 2 / 54 ، حديث رقم 85 .

من ابن ماجه 2 / 742 ح 2203 .

(4) جزء من الآية رقم 58 من سورة النساء .

للدائن من الومائل والضمائنات ما تمكنه من حفظ حقه والوصول إليه عن طريق الحجر على المدين ومنعه من التصرف ، وبيع ماله جبرا عنه لقضاء دينه ، ومن ثم نتناول في هذا الفرع تعريف الحجر ، وبيان موقف الفقهاء وألأنتهم من الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه .

### أولا : تعريف الحجر :

الحجر فى اللغة : يطلق على المنع والتضييق (1) .

ومنه سى الحرام حجرا ، قال تعالى : ﴿ ويقولون حجرا محجورا ﴾ (2) أى حراما محرما (3) .

ويسمى العقل حجرا ، قال تعالى : ﴿ هل فى ذلك قسم لذى حجر ﴾ (4) أى عقل ، وسمى حجرا لمنعه صاحبه من ارتكاب القبائح وما يضر ، فهو قاهر لنفسه ، ضابط لها ، فيقال لمن ملك نفسه ومنعها : إنه لنو حجر (5) .

### وأما الحجر فى اصطلاح الفقهاء :

فلقد اختلفت تعاريف الفقهاء فيه تبعاً لاختلاف وجهات النظر إليه :

فلقد عرفه الأحناف (6) بأنه : منع من نفاذ للتصرف قولاً لا فعلاً (1) .

(1) يراجع : المصباح المنير 76 كتاب الحاء مادة حجر ، المعجم الوسيط 178 باب الحاء مادة حجر المعجم الوجيز 136 باب الحاء مادة حجر .

(2) جزء من الآية رقم 22 من سورة الفرقان .

(3) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 13 / 25 .

(4) الآية رقم 5 من سورة الفجر .

(5) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 20 / 45 ، 467 .

(6) الأحناف : جمع حنفى ، والحنفى تابع مذهب أبى حنيفة ، وتحفط الرجل انتسب إلى مذهب أبى حنيفة يراجع : المعجم الوسيط 224 ، المعجم الوجيز 175 .

والإمام أبو حنيفة هو : النعمان بن ثابت بن زوطى ، الفقيه الكوفى صاحب المذهب ، ولد سنة ثمانين من الهجرة ، أخذ العلم عن حماد ، وعطاء ، وناقع وغيرهم ، وعنه أخذ العلم أبو يوسف ومحمد ، ووكيع ، وغيرهم . كان عالما عاملا ورعا نقياً أدرك من الصحابة ، أس بن مالك ، وعبد الله بن أبى أوفى ، وسهل بن سعد الساعدى . وأبو الطفيل عامر . توفي سنة 150 هـ ، ودفن ببغداد .

وعرفه المالكية<sup>(2)</sup> بأنه : صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ ، تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله<sup>(3)</sup> .

وعرفه الشافعية<sup>(4)</sup> بأنه : المنع من التصرفات المالية<sup>(5)</sup> .

وعرفه الحنابلة<sup>(1)</sup> بأنه : منع الإنسان من التصرف في ماله<sup>(2)</sup> ، وعرفه الزيدية<sup>(3)</sup> بأنه : منع من التصرف في الملك<sup>(4)</sup> ولم يتعرض الظاهرية<sup>(5)</sup> لتعريف الحجر

---

= راجع : إجماع الأعلام لمحمود مصطفى 49 ط : دار الكتب العلمية - بيروت ، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة 12/2 ط : دار الكتب - وزارة الثقافة ، وفیات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن خلكان 5 / 405 ط : دار صادر - بيروت .

(1) راجع : حاشية رد المحتار المسماء حاشية ابن عابدين 6 / 143 ط : مصطفى البابي الحلبي ، نتائج الأفكار المسمى بتكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده 9 / 254 ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم 8 / 89 ط : دار المعرفة .

(2) المالكية : نسبة إلى تابعي مذهب الإمام مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني ، وُلد عام 93 هـ ، وقيل 95 ، وقيل 97 هـ ، إمام دار الهجرة ، أحد كبار فقهاء المسلمين كان فقيها ورعا ، أخذ الفقه عن أبي هريرة ، ونافع مولى ابن عمر وغيرهما . وعنه أخذ الشافعي ، والليث وغيرهما . ومن أشهر مؤلفاته للموطأ ، مات رحمه الله سنة 179 ، ودفن بالبقيع .

يراجع : النجوم الزاهرة 2 / 97 ، وفیات الأعيان 4 / 135 ، شذرات الذهب 1 / 289 ط : دار الفكر - بيروت .

(3) راجع حاشية للمسوقي 3 / 292 ، للمونة 2 / 158 هامش 2 ، بلغة السالك لأقرب تمت 28 / 2 .

(4) الشافعية : نسبة إلى مذهب الإمام الشافعي ، فيقال : تشفع ، تذهب في الفقه بمذهب الإمام محمد بن إدريس الشافعي . راجع : للمعجم الوسيط 512 ، للمعجم الوجيز 346 .

والشافعي هو : أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القرشي ، صاحب المذهب ، ولد سنة 150 هـ مكة وخمسون من الهجرة - نشأ يتيمًا ، حفظ القرآن الكريم وهو ابن سبع سنين ، وموطأ الإمام مالك وهو ابن عشر سنين ، وهو أول من تكلم في أصول الفقه ، أخذ العلم عن الإمام مالك وغيره ، وعنه أخذ الإمام مسلم وغيره ، صنف المؤد ، والرسالة والإملاء وغيرهم ، توفي رحمه الله تعالى سنة أربع ومئتين من الهجرة .

يراجع : طبقات الشافعية الكبرى للسبكي 1 / 192 ط : دار إحياء الكتب العربية . شذرات الذهب 2 / 9 ، 10 ، النجوم الزاهرة 2 / 176 ، سير أعلام النبلاء للذهبي 10 / 5 .

(5) راجع : تكملة المجموع الثانية للمطعمي 13 / 344 ، البيان العمري 6 / 206 ، مغنى المحتاج 2 / 225

ولكن يفهم من كلامهم أنه منع من التصرف في المال<sup>(6)</sup> وعند الإمامية<sup>(1)</sup>: منع من التصرف<sup>(2)</sup>.

---

(1) الحنابلة جمع حنبلي وهو من يقلد مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، وتحنبل أقلد الإمام ابن حنبل في مذهبه . راجع : المعجم الوسيط 223 ، المعجم الوجيز 174 .

والإمام أحمد هو : أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن شيبان ، أحد الأئمة الأعلام شيخ الإسلام ، ولد سنة أربع وستين ومائة من الهجرة ببغداد ، ونشأ بها ، ولقب بأمر المؤمنين في الحديث ، وأخذ العلم عن الشافعي وغيره ، وأخذ عنه البخاري ومسلم ، وأبو داود ، وغيرهم ، ومن مصنفاته : المسند توفي رحمه الله تعالى سنة 241 هـ إحدى وأربعين ومائة من الهجرة .

يراجع : نزهة الفضلاء للذهبي 1 / 811 ط : دار الأئمنس ، صفة الصفوة لابن الجوزي 2 / 366 وفيات الأعيان 1 / 63 ، 64 ، تذكرة الحفاظ 1 / 131 .

(2) يراجع : للشرح الكبير لابن قدامة بهامش المتن 6 / 147 ط : دار الحديث ، كشاف القناع 3 / 416 الروض المربع للبهوتي شرح زاد المستنقع 332 ط : دار الحديث .

(3) الزيدية : فرقة من الشيعة تنسب إلى زيد بن علي بن الحسين رضي الله عنهما ، ومذهبهم هو السائد في اليمن ، وهو حصر الإمامة في أولاد علي من فاطمة .

يراجع : المعجم الوسيط 434 ، المال والنحل للشهرستاني 1 / 59 ، مطبوع بهامش الفصل في المال والأموال والنحل للإمام ابن حزم الظاهري ، مكتبة السلام العالمية . تاريخ التشريع الإسلامي د / عبد الفتاح الشيب 201 ط : 1401 هـ 1981 م ،

(4) يراجع : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لابن مرتضى 6 / 89 ، نشر دار الكتاب الإسلامي - القاهرة .

(5) الظاهرية : هم أتباع داود بن علي بن خلف الأصبهاني الظاهري أبو سليمان ولد سنة 202 هـ ، زعيم أهل الظاهر ، لأنه اعتمد في مذهبه على ظاهر الكتاب والسنة ، افتتحت إليه رئاسة العلم في بغداد ، سمع من أبي ثور ، وإسحاق بن راهوية وروى عنه ابنه محمد وغيره ، وله تصنيفات كثيرة في الفقه توفي سنة 270 هـ رحمه الله تعالى .

يراجع : شذرات الذهب 2 / 158 ، وفيات الأعيان 2 / 26 ، الأعلام 2 / 333 ، تاريخ بغداد للحافظ أبي بكر الخطيب البغدادي المتوفى سنة 463 هـ 8 / 369 ، ط : دار الكتب العلمية بيروت ، ميزان الاعتدال في نقد الرجال لأبي عبد الله محمد الذهبي المتوفى سنة 748 هـ 2 / 14 ط : دار المعرفة - بيروت ، البداية والنهاية للإمام الحافظ ابن كثير المتوفى سنة 774 هـ 11 / 47 ط : دار الفكر .

(6) يراجع : المحلى بالآثار 7 / 140 ط : دار الحديث مسألة رقم 1394 .



وعند الإباضية<sup>(3)</sup> : نزع الحاكم مال المفلس<sup>(4)</sup> .

وبالنظر في التعاريف السابقة للحجر يتضح أن تعريف الأحناف والمالكية يحمل معنى واحد وأنه أكثر ضيقا وتحديدا للمراد من الحجر ، فالتصرفات القولية يمكن إيقاف حكمها بعدم نفاذها ، بعكس التصرفات الفعلية ، فلا يمكن إزالتها بعد وقوعها ، فالمقصود من الحجر هو منع نفاذ التصرف وإبطال أثره ، ولو وقع فعلا فلا ينتج أثره .

فالحجر يهدف أساسا إلى تَوْخِي مصلحة الدائنين بمنع المدين من التصرفات الضارة بغرمائه في ماله حتى يباع ويقسم بينهم كل بقدر حصته ، وبقية التعاريف تكاد تحمل معنى واحد وهو منع التصرف فلذا كان التعبير بمنع النفاذ أولى من التعبير بمنع التصرف<sup>(5)</sup>.

---

(1) الإمامية : نسبة إلى الإمام أو الإمامة ، وتطلق على فرقة من الشيعة تقول بإمامة علي ولولاده دون غيرهم . يراجع : المعجم الوسيط 47 ، تاريخ التشريع د / عبد الفتاح الشيب 199 ، التعريفات للجرجاني 53 ، المال والنحل للشهرستاني 2 / 2 .

(2) يراجع : شرائع الإسلام 2 / 89 .

(3) الإباضية : فرقة من الخوارج شاع أمرها في أولخر للدولة الأموية ، تنسب إلى عبد الله بن أبيض التميمي ، ولا يزال منهم بقايا في الجزائر وحصان ، وقالوا مخالفتنا من أهل القبلة كفار ، وهم أكثر الخوارج اعتدالا وأقربهم إلى أهل السنة والجماعة ، وربما كان هذا سر استمرارهم .

يراجع : المعجم الوسيط 23 ، التعريفات للجرجاني 20 ، المال والنحل للشهرستاني 1 / 141 تاريخ التشريع الإسلامي د / عبد الفتاح الشيب 209 .

(4) يراجع : كتاب النفل 13 / 609 - 619 .

(5) يراجع : الحجر والولاية على المال في الشريعة الإسلامية د / عبد الفتاح لنجار ص 3 ، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من جامعة الأزهر بكتابة للشريعة والقانون بالقاهرة 1400 هـ - 1980م .

## ثانيا : موقف الفقهاء من الحجر على المدين ويبيع ماله جبرا عنه :

### تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أن المدين المملئ الموسر الذى له مال ظاهر يفي بجميع ديونه المستحقة، وكان هذا المال من جنس<sup>(1)</sup> الدين الذى عليه بأن كان دينه دراهم<sup>(2)</sup> وله دراهم، أو دراهم، وله ننانير<sup>(3)</sup> أو عكس ذلك، وماطل<sup>(4)</sup> أى امتنع عن دفع ما عليه من دين حال فإنه لا يحجر عليه، ولكن يجبره الحاكم على الوفاء

---

(1) الجنس لغة : هو الضرب من كل شيء ، والجمع لجنس ، وهو أعم من النوع ، فالحيوان جنس والإنسان نوع . واصطلاحا : اسم دال على كثيرين مختلفين بأنواع .

يراجع : المصباح المنير 71 كتاب الجيم مادة جنس ، مختار الصحاح 72 باب الجيم مادة جنس التعريفات للجرجاني 107 .

وتغير العملات من دراهم وننانير إلى ريال وجنيه وغير ذلك من العملات لا يؤثر فى الحكم ، لأن العملات كلها تعتبر جنس واحد .

(2) الدرهم : قطعة من فضة كانت تضرب للتعامل بها ، وهو اثني عشرة حبة خرنوب ، وهو أحد الأوزان قبل الإسلام، وجزء من اثني عشر جزءا من الأوقية ، ويزن فى العصر الحاضر ( 2.97 ) جراما وسبع وتسعون من المائة .

يراجع : المصباح للمنير 118 كتاب الدال مادة درهم ، للمعجم الوسيط 306 باب الدال مادة درهم الموازين والمكاييل والمقاييس والأحكام المتعلقة بها لمحمد نجم الدين الكردي ص 113 ، 241 ، رسالة ماجستير من جامعة الأزهر 1401 هـ - 1981م .

(3) الدينار : نقد ذهب ضرب فى الدولة الإسلامية ، وهو اليوم عملة فى بعض الدول العربية ، وهو المنقل ، ويسرى فى عصرنا الحاضر ( 4.25 ) أربع جرامات وخمس وعشرون من المائة .

يراجع : المصباح المنير 122 ، للمعجم الوسيط 321 ، للفتح المبين فى حل رموز ومصطلحات الفقهاء والأصوليين أ.د / محمد الحفلاوى ص 207 ط 1419 هـ ، مكتبة الأشعاع الإسكندرية .

(4) المطل لغة : للتسويق ، والمدافعة بالدين ، يقال مطله حقه : أجل موعده الوفاء به مرة بعد أخرى . يراجع : لسان العرب 11 / 624 باب اللام فصل الميم ، للقاموس المحيط 4 / 52 ، باب اللام فصل الميم . المصباح المنير 341 ، المعجم الوسيط 914 ، . وشرعا : منع قضاء ما استحق أدلاؤه أو تأخيرها بغير عذر . أو الدفع عن الحق بوعده .

يراجع : معجم لغة الفقهاء 436 ، فتح البارى 4 / 570 ، شرح النووى لصحيح مسلم 10 / 173 نيز الأوطار 5 / 281 .

بالتعزير<sup>(1)</sup> ، وإن أصر على الامتناع باع الحاكم ماله جبراً عنه للوفاء بدينه ، وكذلك اتفق الفقهاء على أن المدين المعدم الذي لا يملك ما يفي بدينه الحالة ، فإنه لا يحجر عليه لأنه ليس لديه ما يمكن الحجر عليه من أجله ، أو يبيعه لقضاء دينه . بل هو منظور بانظار الله تعالى إلى ميسرة<sup>(2)</sup> .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان المدين له مال من غير جنس الدين بأن كان له عروض<sup>(3)</sup> وعليه دراهم أو دنائير ، أو كان الدين معسرا<sup>(4)</sup> غير معدم بأن كان

---

(1) التعزير لغة : له معنيان : أحدهما : التعظيم والمناصرة والأخر التأديب واللوم ، لأنه من الأضداد والمراد هنا اللوم .

واصطلاحاً : تأديب على ذنب لآحد فيه ولا كفارة بضرب أو حبس كالاختلاس والإمتناع عن أداء الحق الواجب ، وقيل : عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله أو لأمر في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ، ومنها ترك الواجب ، ومن أمثلته ترك قضاء الدين عند القدرة وخيانة الأمانة ، والنش في الأسواق والربا . والقصد من التعزير ، جبر الجاني على أداء الواجب عليه فيمات حتى يؤدي .

يراجع : لسان العرب 4 / 561 باب الرأه فصل العين ، القاموس المحيط 2 / 91 ، باب الرأه فصل العين ، المصباح المنير 243 ، تبصرة الحكام لابن فرحون 2 / 202 ، الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري 5 / 395 ، ط : مكتبة الإيمان بالمنصورة ، للتعزير في الشريعة الإسلامية د / عبد العزيز عامر 52 ، 83 ، 294 ط : دار الفكر الطبعة الخامسة 1936هـ .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 7 / 249 ، النخبة 8 / 167 ، مغنى المحتاج 2 / 200 ، المغنى 6 / 149 المطى 7 / 140 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، البحر الزخار 6 / 89 ، التنيل 13 / 619 .

(3) العروض : مأخوذ من عرض الشيء عرضاً وعروضاً : والعرض : متاع الدنيا قل أو كثر ، والعروض : الأمثلة التي لا يدخلها كحل أو وزن ، ولا تكون حيواناً ولا عقاراً ، يراجع : لسان العرب 7/140 باب الضاد فصل العين ، القاموس المحيط 2/347 باب الضاد فصل العين ، المصباح المنير 240 المعجم الوسيط 623 ، مختار الصحاح 202 .

(4) المعسر : مأخوذ من عسر عسراً أى صعب وشلتك ، وعسر المدين طلب منه الدين على ضيق ذات اليد وأصر افتقر وضائق حاله ، والصرة : ضيق ذات اليد والعجز عن الوفاء بالدين . يراجع : المعجم الوسيط 629 ، 630 ، المصباح المنير 243 ، 244 .

مفلساً<sup>(1)</sup> وامتنع من الوفاء بما عليه من ديون حالة ، في جواز الحجر عليه وبيع ماله جبراً عنه للوفاء بدينه وذلك على قولين :  
سبب اختلاف الفقهاء :

يرجع سبب اختلاف الفقهاء إلى تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس فالأول يرى أن يحجر عليه تخلصاً لئلا يمتنع ، ويرى الثاني أنه يحبس ويشدد عليه حتى يبيع بنفسه<sup>(2)</sup>.

القول الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء " أبو يوسف <sup>(3)</sup> .....  
ومحمد <sup>(4)</sup> من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والإمامية،  
وقول للإباضية " .

---

(1) المفلس لغة : مأخوذ من فلس من الشيء فلسا : خلا منه وتجرد فهو فلس ، وفلس فلان فقد ماله فأصر بعد يسر ، فهو مفلس .

واصطلاحاً : من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود ، وقيل : لتقليص : حكم الحاكم بخلع الرجل من ماله لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه .

يراجع : المصباح المنير 286 ، مختار الصحاح 238 ، شرح حدود ابن عرفة لأبي عبد الله الرضا ع 417 / 2 ط : دار الغرب الإسلامي - بيروت ، البيان المعرفي 6 / 131 ، كشاف للقناع 3 / 417 .

(2) يراجع : بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد محمد بن رشد 2 / 435 ط : المكتبة التوفيقية ، الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 100 ط : دار الكتب العلمية - بيروت .

(3) أبو يوسف هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه ونقل مذهبه وفقهه ولد سنة مئة وثلاث عشرة من الهجرة ، كان فقيهاً وأول من دعى بقاضي القضاة ، من كتبه : الخراج ، والآثار ، والفتاوى ، توفي " رحمه الله تعالى " سنة ثنتين وثمانين ومائة من الهجرة .

يراجع : الفوائد البهية في تراجم الحنفية للهندي 225 ، ط : دار المعرفة - بيروت ، الأعلام 8 / 193 ، تنكرة الحفاظ 1 / 292 .

(4) محمد هو : الإمام محمد بن الحسن بن واقد الشيباني ، تلميذ الإمام أبي حنيفة ، ونقل مذهبه وفقهه سمع من مالك ، والأوزاعي ، والثوري ورواي موطأ الإمام مالك ، ومن كتبه : المبسوط : والجامع الصغير والكبير ، توفي " رحمه الله تعالى " سنة تسع وثمانين ومائة من الهجرة .

يراجع : الفوائد البهية 163 ، وفیات الأعيان 4 / 184 ، شذرات الذهب 1 / 321 ، طبقات الفقهاء لشيرازي 135 ط : دار الرائد العربي - بيروت .

إلى أنه : إذا امتنع المدين وماتل فى الوفاء بدينه الحال بعد ثبوته عليه ، سواء كان له مال فى دينه ، أو لا فى دينه ، وطلب الدائتون كلهم أو بعضهم الحجر عليه ، أجابه القاضى إلى طلبهم ، وحجر عليه ومنعه من التصرف الذى يضر بالدائنين ، وباع ماله جبراً عليه وفاءً لما أحاط به من الدين وقسمه بين غرمائه بنسبة ديونهم .

إلا أن الظاهرية منعوا الحجر على المدين وقالوا يباع ماله جبراً عنه للوفاء بدينه ولا يحجر عليه <sup>(1)</sup> .

### القول الثانى :

ذهب إليه " أبو حنيفة وزفر <sup>(2)</sup> ، والزيدية ، وقول للإباضية .

إلى أنه لا يحجر على المدين ولو طلب الغرماء ذلك ، ولا يجوز للحاكم أن يبيع ماله جبراً عنه للوفاء بدينه ، بل يحبس القاضى أبداً حتى يبيع ماله بنفسه ويفى ماعليه <sup>(3)</sup> .

(1) يراجع : المبسوط للمرعى 24 / 63 ، البحر الرائق 8 / 89 ، الهداية شرح البداية 4 / 80 بدع الصنائع 7 / 249 ، النخبة 8 / 167 ، بلغة السالك 2 / 120 ، بداية المجتهد 2 / 435 تكملة المجموع للمطيعي 13 / 279 ، مغنى المحتاج 2 / 200 ، 205 ، المغنى لابن قدامة 6 / 149 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى للشيخ شمس الدين محمد الزركشى 4 / 63 ط : مكتبة الميكان - الرياض ، المحلى 7 / 140 ، ط : دار الحديث ، شرائع الإسلام للحلى 2 / 89 ، الروضة الندية شرح الدرر البهية للفتوحى 2 / 238 ، ط : دار التراث - القاهرة ، شرح كتاب النيل 13 / 619 .

(2) زفر هو : أبو الهذيل زفر بن الهذيل العنبرى البصرى الإمام صاحب أبى حنيفة ، ولد سنة 110 هـ كان صاحب حديث ثم غلب عليه الراى وكان جامعاً بين العلم والعبادة ، روى عن حجاج بن أرماء وروى عنه أبو نعيم ، وحسان بن إبراهيم وتوفى سنة 158 هـ .

يرجع : شذرات الذهب 1 / 243 ، وفیات الأعيان 2 / 317 وما بعدها . لغزوات البهية 75 . 76 الطبقات الكبرى لابن سعد 6 / 387 ط : دار صادر - بيروت ، تهذيب الأسماء واللغات للنزوى 1 / 194 ط : دار الفكر - بيروت .

(3) يرجع : الهداية شرح البداية 4 / 80 ، المبسوط للمرعى 24 / 157 وما بعده ، تبين الحقائق 5 / 199 ، حاشية رد المحتار 6 / 150 ، الميزان الكبرى للشمراية 2 / 100 ، البحر الزخار 6 / 89 -

## الأدلة

### أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من جواز الحجر على المدين ،  
وبيع ماله جبراً عنه لقضاء دينه ، بالسنة ، والآثار ، والقياس <sup>(1)</sup> ، والمعقول .  
أولاً : من السنة :

- 1 - ما روى عن كعب بن مالك عن أبيه - رضى الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه . وفي رواية أخرى عن عبد الرحمن بن كعب <sup>(2)</sup> قال : كان معاذ بن جبل شاباً سخياً ، وكان لا يمسك شيئاً فلم يزل يذان حتى أغرق ماله كله في الدين ، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فكلّمه ليكلّم غرماءه . فلو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ ، لأجل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فباع لهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ماله حتى قام معاذ بغير شيء <sup>(3)</sup> .
- 2 - ما روى عن أبي سعيد الخدري <sup>(4)</sup> - رضى الله عنهما - أنه قال : أصيب رجل على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في ثمار ابتاعها فكثر

---

=الروض النضير 3 / 468 ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأهرار للشوكاني 4 / 246 ، 250 ط : دار الكتب العلمية - بيروت ، التنزيل 13 / 619 ، سبل السلام 3 / 113 .

(1) القياس لغة : التقدير والمساواة يقال : قلّس الشيء على غيره وبه ، قدره على مثاله . واصطلاحاً : فقد عرفه الأمدى وابن الحاجب بأنه : مساواة فرع لأصل في علة حكمه . يراجع : المصباح المنير 310 المعجم الوسيط 800 ، الأحكام للأمدى 3 / 9 ، نهاية السؤل للأستوى 3 / 30 .

(2) عبد الرحمن بن كعب هو : أبو الخطاب عبد الرحمن بن كعب بن مالك الأنصاري السلمي التابعي ، روى عن أبيه وأخيه عبد الله ، وعائشة ، وجابر ، وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الله ، وكعب ، وأبو أمامه ، والزهري ، وآخرون ، روى له البخاري ومسلم توفي سنة 101 هـ . يراجع : شذرات الذهب 1 / 122 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 282 ، 283 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص 34 .

(4) أبو سعيد الخدري هو أبو سعد سعد بن مالك الأنصاري الخزرجي الخدري المدني من علماء الصحابة وكان أبوه صحابياً ، وكان ممن بايع تحت الشجرة ، روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم -

دينه ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تصدقوا عليه ، فتصدق  
الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم  
- لغرمائه ، خذوا ما وجنتم ، وليس لكم إلا ذلك .  
وقيل إن هذا للرجل كان معاذ بن جبل <sup>(1)</sup> .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

يدل الحديث الأول على الحجر على المدين ، وبيع ماله جبراً عنه لقضاء دينه  
دلالة ظاهرة بفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما حجر على معاذ وبيع ماله  
في دينه .

ويدل الحديث الثاني على أنه يسلم إلى الغرماء جميع مال المدين مالم يقض دينهم  
لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمرهم أن يأخذوا ما يجدون ، ولم يأمرهم  
باستئذانه ، لأن حقهم أقوى من حقه ، وليس المراد انهبوا ماله ، بل خذوا ماله  
بالحصص التي لكم الآن كل بقدر حصته ، وليس لكم المطالبة مادام معسراً بل  
نظرة إلى ميسرة <sup>(2)</sup> .

---

«ألفاً ومائة وسبعين حديثاً وروى عن أبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم ، وروى عنه ابن عمر وابن عباس  
وغيرهما ، توفي سنة 74 هـ - رحمه الله تعالى » .

يراجع : سير أعلام النبلاء 3 / 168 ، الأعلام 3 / 87 ، صفة الصفوة 1 / 714 ، نزهة الفضلاء  
1 / 347 ، تذكرة الحفاظ 1 / 44 .

(1) الحديث صحيح أخرجه مسلم في صحيحه كتاب المساقاة 10 / 166 حديث رقم 1556 ، وأبو داود  
في سننه كتاب البيوع 3 / 274 ح 3469 ، وابن ماجه في سننه في كتاب الأحكام 2 / 789 ح 2356 ،  
الشماني في مننه 7 / 265 ، والسنماني في سبل السلام 3 / 112 .

(2) يراجع : شرح النووي على صحيح مسلم 10 / 165 ، 166 ، نيل الأطلار 5 / 292 . سبل السلام 3 /  
112 ، المعونة 2 / 165 ، بداية المجتهد 2 / 435 ، الحاوي الكبير للمارودي 7 / 384 ، شرح  
الزركشي على مختصر الخرقي 4 / 64 ، المحلى 6 / 478 ، البحر افرزخار 6 / 80 .

## ثانيا : من الآثار :

ما روى عن عمر بن عبد الرحمن <sup>(1)</sup> عن أبيه أن رجلا من جهينه <sup>(2)</sup> يقال له أسيف <sup>(3)</sup> كان يشتري الرواحل <sup>(4)</sup> فيغالى فيها ، ثم يسرع السير فيسبق الحاج ، فأفلس ، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فقال : أما بعد أيها الناس ، فإن الأسيف أسيف جهينه - قد رضى من دينه وأمانته <sup>(5)</sup> ، أن يقال سبق الحاج ، إلا أنه ( أدان معرضا ) <sup>(6)</sup> فأصبح وقد ( رين به ) <sup>(1)</sup> فمن كان له عليه

---

(1) عمر بن عبد الرحمن هو : عمر بن عبد الرحمن بن تشارث بن هشام المخزومي المدني ، ولد سنة 23 هـ ، وكان من أكابر التابعين ، روى عن جماعة من الصحابة منهم أبو بكر بن عبد الرحمن أخيه ، وعائشة وغيرهما وروى عنه الشعبي ، وعبد الملك بن -صير وغيرهما . توفي رحمه الله تعالى بعد عام 70 هـ . راجع : تهذيب الكمال في أسماء الرجال للحافظ جمال الدين اللزي 14 / 110 ، 111 ط : دار الفكر - بيروت ، 1414 هـ - 1994م ، بإشراف هيئة البحوث والدراسات ، تهذيب التهذيب للإمام شهاب الدين بن حجر 7 / 472 ، 473 ، ط الأولى 1326 هـ .

(2) جهينة : من قبائل الحجاز العظيمة وتمتد منازلها على الساحل من جنوبى ديربلى حتى ينبع ويثرب وفى متسع من برية الحجاز . وفيه بطون كثيرة وتنسب إلى زيد بن ليث بن أسلم من القحطانية ، وقتلوا مع الرسول صلى الله عليه وسلم فى غزوة حنين ومحهم . راجع : معجم قبائل العرب القديمة والحديثة لمعرضا كحالة 215/1 - 217 .

(3) أسيف : مأخوذ من السفع الذى هو التغير ، ومنه قوله تعالى : " استغفرا بالتقصية " جزء من الآية رقم 15 من سورة الطلق ، أى سفعته النار والشمس : إذا غيرت وجهه إلى مال تسويد ، فإذا أن يكون متغير اللون ، أو سمي بذلك لتغير حاله بالدين . راجع : لسان العرب 8 / 156 ، باب العين فصل السين ، ط : دار صادر بيروت ، المعجم الوسيط 459 ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 20 / 126 ، النخيرة 8 / 158 .

(4) الرواحل : جمع رحالة ، وهى المركب من الإبل نكرا كان أو أنثى ، ومثل : الناقة التى تصلح أن ترحل أو الصالح للأعمال والأسفار . راجع : لسان العرب 3 / 608 باب اللام فصل الراء . المصباح المنير 136 ، المعجم الوسيط 359 .

(5) رضى من دينه وأمانته : إشارة إلى ما كان يعتمد من الراء وتضييع المال . فيفسد دينه وأمانته بتضييع أموال الناس . راجع : النخيرة للقرطبي 8 / 158 .

(6) أدان معرضا : أى أخذ الدين غير عازم على الوفاء ، معرضا عنه ، فكان لا يبالي فى مفالة الرواحل . راجع : النخيرة 8 / 158 ، البيان المعراني 6 / 134 .



دين فليأتنا غدا فإنا بايعو ماله وقاسموه بين غرماته ، ولياكم والدين فإن أوله هم  
وأخره حرب <sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة من هذا الأثر :

يدل هذا الأثر على مشروعية الحجر على المدين ، وإشهار أمره ، وبيع ماله  
وتوزيعه على الغرماء بالسوية ، لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلب  
لجتماعهم ، وكان هذا العمل بمجمع من الصحابة - رضى الله عنهم - ولم ينكر  
عليه أحد ، فدل ذلك على اتفاقهم على أن يباع مال المدين لدين مستحق عليه <sup>(٣)</sup>.

ثالثا : من القياس :

- 1 - قياس المدين على المريض فى الحجر ، فلما جاز الحجر بسبب المرض من  
أجل الورثة ، لأن المال صائر إليهم ، وإن لم يملكوه فى الحال ، فأولى أن  
يحجر على المدين لمصلحة الدائنين ، لأن المال لهم وقد استحقوه فى الحال .
- 2 - مال المدين تعلق به حق الدائن ، فيمنع المدين من التصرف فيه ، وبيع  
لمصلحة الغرماء ، فهو مثل العين المرهونة فى تعلق حق المرتهن بها ،  
ويمنع الراهن - المدين - من التصرف فيها وتباع فى قضاء دينه .

---

(1) رين به : الرين : لتغطية ، ومنه قوله تعالى : ( كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون ) الآية  
رقم 14 من سورة المطففين ، أى غشى قلوبهم كسبهم السيئ عن سماع الحق ، وهذا غطاء دينه أى  
غشى الدين ماله ، ويقال : رين ، أى وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ، وغلبه وأحاط بماله الدين وعطته  
الدين . يراجع : آسان العرب 13 / 192 باب النون فصل القراء ، المعجم الوسيط 410 ، الجامع لأحكام  
القرآن للمطري ، 9 / 249 ، الذخيرة للقرافى 8 / 158 ، البيان العبرانى 6 / 134 ، تكملة المجموع  
للمطيعي 13 / 273 .

(2) الأثر أخرجه مالك فى الموطأ 2 / 130 ، البيهقى فى سننه الكبرى 6 / 49 ، الرافعى فى تلخيص  
الحير 4 / 197 .

(3) يراجع : نيل الأوطار 5 / 292 ، سبل السلام 3 / 114 ، المبسوط للسرخسى 24 / 166 ، بداية  
المجتهد 2 / 436 ، الذخيرة 8 / 158 ، البيان 6 / 134 ، تكملة المجموع للمطيعي 13 / 273 ، المبدع  
شرح المقنع لابن مفلح 4 / 321 ، ط : المكتب الإسلامى - بيروت ، كنز الدقائق 3 / 432 ، المحلى  
479 / 6 ، البحر الزخار 80 ، 81 .

3 - قياس المدين على السفیه <sup>(1)</sup> ، فكما أنه يحجر على السفیه نظراً لمصلحته فأولى أن يحجر على المدين نظراً ورعاية لحقوق الدائنين ، والمدين محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالسفيه والصغير .

4 - قياس مال المدين إذا كان من أحد النقدين - الذهب والفضة - فإنه يباع في دينه بالإجماع . فكذا ماله إذا كان من غير النقدين بجامع أن كل دين يباع فيه الذهب والفضة يباع فيه غيرهما من عروض للتجارة <sup>(2)</sup> .

#### رابعاً : من المعقول :

1 - عدم الحجر على المدين يؤدي إلى ضياع حقوق الدائنين ، وفي الحجر عليه مصلحة لهم حتى لا يضيع عليهم مالهم ، إذ عساه أن يلجئ أمواله بالتبرعات <sup>(3)</sup> ، أو بالتصرفات للصورية " كالبيع في صورة الهبة " ليهرب من أداء الديون ، أو يقر <sup>(4)</sup> بالمال لغير الدائنين فتذهب حقوقهم ظلماً .

2 - أنه يجب بيع مال المدين للوفاء بدينه ، فإن امتنع قام القاضي مقامه ، حتى لا يقع ضرر بالدائنين ، ولأن من امتنع عن إيفاء حق واجب مستحق عليه ،

---

(1) السفیه لغة : المبتر لماله فيما لا ينبغي ، وهو مأخوذ من السفه ، وهو الخفة ، ويطلق على النقص في العقل . يراجع : المصباح المنير كتاب السين مادة سفه 169 ، المعجم الوسيط 460 .

و اصطلاحاً : صرف المال وإفلاقه فيما لا مصلحة منه ، وقيل : هو سوء التصرف ، كثرأه ما يماوى درهما بمائة ، أو خفة تعرض للإسكان من الفرح أو الغضب فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل . يراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 259 ، مغنى المحتاج 2 / 232 ، الروض النضير 3 / 472 ، التعريفات للبرجاني 158 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 269 .

(2) يراجع : تبين الحقائق 5 / 199 ، النخيرة 8 / 167 ، المعونة 2 / 165 ، الحارث الكبير للماوردي 7 / 385 ، المغنى والشرح الكبير 6 / 195 ، 196 ، كشف القناع 3 / 423 ، 432 ، المبدع 4 / 321 .

(3) التبرعات : جمع تبرع ، وهو العطاء والتفضل ، وهو أن يعطى من غير سؤال ، أو بتفضل بما لا يجب عليه غير طالب عوضاً . يراجع : المصباح المنير 32 ، المعجم الوسيط 70 .

(4) الإقرار لغة : الثبوت ، مأخوذ من قر الشيء : إذا ثبت ، ويسمى الإقرار إقراراً . يراجع : المصباح المنير 295 ، المعجم الوسيط 759 .

و اصطلاحاً : إخبار بحق لغيره عليه . يراجع : حاشية قليوبي 3 / 2 ، مغنى المحتاج 2 / 322 .

وهو ما تجرى فيه النيابة نائب القاضى منابه ، كما يحدث فى المجبوب (1) والعنين (2) ، إذا امتنع عن التطليق فإن القاضى ينوب عنهما فيفرق بين كل منهما وزوجته ، لأن فى الإمتناع ظلم ، وللقاضى ولاية رفع المظالم (3) .

أدلة : أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم جواز الحجر على المنين وعدم جواز بيع ماله جبرا عنه ، بالكتاب والسنة والمعقول .

أولا : من الكتاب :

- 1 - قول الله تعالى : ﴿ وأهل الله البيع وحرم الربا ..... الآية ﴾ (4) .
- 2 - وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ..... الآية ﴾ (5) .

---

(1) المجبوب لغة : مأخوذ من جيبته جبا : قطعه . واصطلاحا : مقطوع جميع الذكر أو بعضه بحيث لم يبق منه ما يطأ ، وقيل هو فاقد الآلة .

يراجع : المصباح المنير 58 ، المعجم الوسيط 125 ، شرح فتح القدير لابن الهمام 4 / 301 ، معنى المحتاج 3 / 259 ، كشاف القناع 5 / 105

(2) العنين لغة : مأخوذ من عن الشيء : إذا اعترض ، وعن الرجل عنه : عجز عن الجماع لمرض يصيبه فهو معنون وعنين .

واصطلاحا : من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ، يراجع : المصباح المنير 257 ، المعجم الوسيط 664 ، شرح فتح القدير 4 / 297 ، معنى المحتاج 3 / 259 ، كشاف القناع 5 / 106 .

(3) يراجع : المبسوط للسرخسى 24 / 164 ، تبيين الحقائق للزيلعى 5 / 199 ، الهداية شرح البداية 4 / 80 ، بداية المجتهد 2 / 436 ، معنى المحتاج 2 / 200 ، للروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتى 332 ، ط : دار الحديث 1415هـ ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 451 ، ط : دار الفكر ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية د/ أحمد فراج حسين ص 254 .

(4) جزء من الآية 275 من سورة البقرة .

(5) جزء من الآية رقم 29 من سورة النساء .

## وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين :

شرع الله لعباده البيع وغيره من التصرفات عموماً ، والحجر عن المشروع متناقض ، وبيع مال المدين جبراً عنه تجارة لا عن تراض ، فلا يجوز ويكون بيعاً باطلاً<sup>(1)</sup> لأن البيع المشروع إنما يكون برضا البائع .

ثانياً : من السنة :

ما روى عن أنس<sup>(2)</sup> رضى الله عنه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : ( لا يحل مال امرئ مسلم لا بطيب نفسه )<sup>(3)</sup> .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

يدل هذا الحديث على أن البيع لابد وأن يكون عن طيب نفس ، ونفس المدين لا تطيب ببيع ماله جبراً عنه ، حيث إنه مطالب بإداء دينه ، وليس البيع طريقاً متعیناً للأداء ، فليس متعیناً لرفع الظلم ، وليس للتقاضى أن يلجأ إليه ، لأنه من حقه أن يرفع الظلم مع سلوك ما يتعين طريقاً لرفعه ، وليس هذا طريقاً متعیناً لرفعه<sup>(4)</sup> .

---

(1) يراجع : جامع البيان عن تأويل أي القرآن للإمام أبي جعفر الطبري 5 / 30 ط: مصطفى البابي الحلبي سبل السلام 3 / 113 ، بتلخيص الصنائع 7 / 250 ، للهداية 4 / 80 ، تبين الحقائق 5 / 199 .  
(2) أنس هو : أنس بن مالك بن النضر الأنصاري أبو حمزة الخزرجي البخاري ، من حفاظ الصحابة وأعلامهم ، شهد خيبر وما بعدها ، خدم النبي - صلى الله عليه وسلم - عشر سنين ، ودعا له بكثرة المال والولد والبركة فيهما ، روى عن طائفة من الصحابة ، وروى عنه بنوه موسى ، والنضر وأبو بكر ، والحسن البصري وغيرهم ، مات سنة تسعين وقيل 93 هـ ، آخر من مات من الصحابة بالبصرة - رحمه الله تعالى .

يراجع : شذرات الذهب 1 / 100 ، أمد الغاية 1 / 151 ، تذكرة الحفاظ 1 / 44 ، خلاصة تہذیب الکمال 40 - 41 ، ط / المطبوعات الإسلامية - حلب - بيروت ، طبقات الفقهاء للشيخ الرازي 51 - 53 .  
(3) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه 3 / 26 ، وقال : فيه ضعف ، والبيهقي في سننه 6 / 97 ، وقال : إسناده لا بأس به ، وللشوكاني في نيل الأوطار 5 / 378 .

(4) يراجع : نيل الأوطار 5 / 379 ، سبل السلام 3 / 113 ، المبسوط للمرغسي 24 / 166 ، تبين الحقائق 5 / 199 ، الأحوال للشخصية للإمام محمد أبو زهرة 452 ، واليهيقي في مجمع الزوائد 4 / 172 ، كذب البويوع ، الرافعي في تلخيص الحبير 3 / 52 .

### ثالثاً : من المعقول :

1- في الحجر على المدين ومنعه من التصرف وبيع ماله جبراً عنه إطلاً لأهليته<sup>(1)</sup>، وإهداراً لحريته وإنسانيته ، وسلب لولاية المال عنه ، وإحاقه باليهائم ، وهذا شنيع ، وضرر كبير ، لأنه كامل الأهلية بالعقل<sup>(2)</sup> والتمييز<sup>(3)</sup> فلا يرتكب لدفع ضرر خاص أو أخف منه ، وهو ضياع المال على الدائن ، والمعهود في الشرع ارتكاب أخف الضررين .

2 - تصرف المدين لنفسه أتم من تصرف الغير له ، فلو جاز للقاضي جبر المدين على بيع ماله لحق الغرماء ، أو بيعه جبراً عنه ، لجاز له بيع منافع لجريانها مجرى الأموال مثل جبره على تأجير<sup>(4)</sup> نفسه وإعطاء كسبه للغرماء ، ومثل

---

(1) الأهلية : نوعان : أهلية للوجوب ، وأهلية الأداء ، فأهلية الوجوب هي : صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق قبل غيره ، وطيه حقوق وواجبات لغيره ، وتثبت لكل إنسان هي ، وهي ناقصة للجنين وكاملة بعد الولادة وليس لها أثر في إنشاء العقود ، وأهلية الأداء هي : أهلية المعاملة والتصرف وهي أن يكون الإنسان صالحاً لأن يلتزم بحملته فيؤخذ بها ، وثبوتها يستلزم ثبوت أهلية الوجوب دون العكس ومناطها : العقل والتمييز .

يراجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ / على الخفيف / 258 - 261 ، التعريفات للجرجاني 58 .

(2) العقل لغة : المنع والحبس : وهو مأخوذ من عقل البعير ، وسمى بذلك لأنه يحل صاحبه عن التورط في المهالك : أي يحسه . فهو يمنع زوى المعول من الدخول عن سواء السبيل .

يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3 / 216 ، 217 ، المصباح المنير 252 ، المعجم الوسيط 647 واصطلاحاً : صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقبح ، والخير والشر ، والحق والباطل ومحل : قيل للقلب ، وقيل الدماغ . يراجع : معنى المحتاج 1 / 51 ، التعريفات للجرجاني 196 197 .

(3) التمييز هو : معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود ، والعلم بآثار تلك العقود ، ولا اعتداد بشيء من ذلك إلا لمن بلغ السابعة من عمره . يراجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ : على الخفيف 261 .

(4) الإجارة لغة : مأخوذة من الأجر وهو الثواب والإجارة : الأجرة على العمل ، والأجرة : للكرام . واصطلاحاً : عقد على منفعة معلومة مقصودة بعوض معلوم .

يراجع : لسان العرب 1 / 31. باب الرأه فصل الألف ، مختار الصحاح 27 ، معنى المحتاج 2 / 449 ، التعريفات للجرجاني 23 .

جبر المرأة على التزوج لتتفع صداقها<sup>(1)</sup> فى الوفاء بديونها ، ولم يقل بذلك أحد ، فلا يجبر المدين على بيع ماله ، ولا يباع بغير رضاه .

3 - الضرر من الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه ، أكثر من الضرر اللاحق بالدائنين من تأخير ديونهم .

ولذلك فلا يرتكب ما هو أكثر لنفع ما هو أقل ، بل يؤمر بسداد الدين الواجب عليه حفاظا على حريته فى التصرف وإنسانيته ، وإن امتنع عن الأداء يكون ظالما ، وللدائن أن يطلب من القاضى حبسه حتى يبيع ماله بنفسه دفعا لظلمه ، وإعانه للدائنين على استيفاء ديونهم ، ولا يعتبر هذا إكراها على البيع ، لأن المقصود من الحبس هو الحمل والحث لإقضاء الدين بأى طريق كان ، سواء بالبيع أو الصدقة<sup>(2)</sup> أو غير ذلك ، لأن البيع غير متعين لقضاء الدين<sup>(3)</sup>.

---

(1) الصداق لغة : ما تمتنحه المرأة بعدد النكاح ، راجع : تهذيب الأسماء واللغات 3 / 164 ، 165 المعجم الوسيط 536 .

واصطلاحا : اسم للمال الذى يجب للمرأة فى عقد نكاح أو وطء بشبهة ومن أسمائه القريضة والمهر ، والنحلة ، والطلول .

يراجع : منى المحتاج 3 / 281 ، لفقته على المذاهب الأربعة 4 / 98 ، حقوق الزوجة فى الفقه الإسلامى د / محمد صنى سليم ص 7 ، ط 1403 هـ ط : دار الطباعة للمحمية .

(2) الصدقة لغة : ما يعطى على وجه التقريب لله تعالى :

واصطلاحا : تملك العين فى حال الحياة بلا عوض . والهبة والصدقة والهبة بمعنى واحد إلا أنها تختلف بالنية ، فإن أراد ابتغاء وجه الله تعالى فصدقة ، وإن قصد الإكرام ، والتودد ، والمكافأة فهبة وإن قصد وجه الموهوب له أو لم يقصد وجه الله أو التودد والإكرام فهبة . راجع : المعجم الوسيط 536 ، معنى المحتاج 2 / 537 ، لفقته على المذاهب الأربعة 3 / 259 وما بعدها .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 7 / 251 ، المبسوط للسرخسى 24 / 166 . تكملة شرح فتح القدير 9 / 271 تبين الحقائق 5 / 199 ، البحر الزخار 6 / 81 ، لفقته الإسلامى وأصلته للزحلى 4 / 2976 ، للملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج صين 254 ، الأحرار للشخصية للإمام محمد أبو زهرة 451 .

## المنافسة

منافسة أدلة القول الأول :

نوقشت أدلة الجمهور بما يلي :

1 - بيع النبي - صلى الله عليه وسلم - مال معاذ - رضي الله عنه - كان برضاه وبإذنه ، لأنه لا يجوز البيع من قبل الحاكم إلا بعد أن يأمر المدين بالبيع فيأبى ويمتنع ، ولا يظن أن معاذاً خالف أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - ويكره بيعه ويمتنع بنفسه عن قضاء الدين ، إذ روى أنه طلب من الرسول - صلى الله عليه وسلم - أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً <sup>(1)</sup> .

ويجاب عن ذلك :

بأنه لم يكن مؤكداً أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمره بالبيع فأبى ، وطلب معاذ من النبي - صلى الله عليه وسلم - كان لطلب الرقيق من الغرماء لمعاذ ، وقد ورد أنه صلى الله عليه وسلم بعثه إلى اليمن <sup>(2)</sup> ليجبره <sup>(3)</sup> .  
2 - المراد بالأخذ في الحديث الثاني ( خذوا ما وجدتم .. ) الأخذ بإذنه لا الأخذ بدون إذنه <sup>(4)</sup> .

---

(1) يراجع : المبسوط للمرغسي 24 / 166 ، بدائع الصنائع 7 / 251 ، حاشية رد المحتار 6 / 150 ، تكملة فتح القدير 9 / 274 .

(2) اليمن : إقليم معروف كان لسبأ وتشتمل على تهامة ونجد اليمن ، وتهامة اسم لكل ما نزل عن نجد من بلاد الحجاز ومكة من تهامة وسميت بذلك لشدة الحر وركود الريح . يقال في النسب إلى اليمن رجل يمني ويقال أن النمل كثروا بمكة فلم تحملهم فتيا من النمل إليها لأنها أيمن الأرض وقيل : تقع يمين الكعبة ، وحدودها عمان إلى نجران . يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3 / 41 ، 373 ، 374 ، معجم البلدان 447/5-449 .

(3) يراجع : الحاوي لتكثير المأوردى 7 / 374 ، نيل الأوطار 5 / 292 ، ( مرجع سابق ) سبل السلام 113 / 3

(4) يراجع : الحجر والولاية على المال أد / عبد الفتاح فنجار ص 120 .

ويجاب عن ذلك :

بأنه لو كان الأخذ بإذنه لو ضحه للنبي - صلى الله عليه وسلم - وبينه ، وأمره أن يعطيهم ما معه من مال دون أن يأمر الغرماء أن يأخذوا ما وجدوه من غير استئذان منه <sup>(1)</sup>.

3 - قول عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فى أسيفع جهينه إنا بايعو ماله وقاسموه بين الغرماء ، يحمل على أنه كان برضاه وإذنه له بالتصرف فيه وتمكينه من المال أو أنه كان من جنس الدين الذى عليه <sup>(2)</sup> .

ويجاب عن ذلك :

بأن فعل عمر رضى الله عنه لم يكن بإذن من أسيفع جهينه ، ولو كان بإذن منه لنقل ذلك ، بل كان من فعل عمر - رضى الله عنه - بعد ما قللس ورفع أمره إليه، وكان بجمع من الصحابة ولم ينكر عليه أحد <sup>(3)</sup> .

4 - قياس المدين على المريض لا يلزمنا " الحنفية " لأنه لا يحجر على المدين كما لا يحجر على المريض فلا تلزم ما يراه غيرنا ولا نراه <sup>(4)</sup> .

ويجاب عن ذلك :

بأن قياس الحجر على المريض لا يلزم أبا حنيفة ، لأن لا يقول به ولكن الحجر على المريض ثبت عند الجمهور ، وخلاف أبى حنيفة لا يمنع من الحجر وقيل

---

(1) يراجع : ذخيرة للقرافي 8 / 157 ، الحجر والولاية على المال أد / عبد الفتاح النجار ص 125 .

(2) يراجع : المبسوط للمرخسى 24 / 166 ، حاشية رد المحتار لابن عابدين 6 / 150 ، تبين الحقائق 199/5 .

(3) يراجع : ذخيرة للقرافي 8 / 186 ، نيل الأوطار للشوكاني 5 / 292 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع للكاساني 7 / 249 ، الهداية شرح البدلية 4 / 73 .



المدین علیہ (۱).

5 - تصرف المرتهن فی مال الرهن لسداد الدين المرهون به ، وقد ورد به نص خاص بخلاف بيع مال المدین للوفاء بدينه فلم يثبت فيه نص ، وما ورد فهو مؤول ومحتمل ويبقى على الأصل وهو المنع (۲) .

ويجاب عن ذلك :

بأن بيع مال المدین ورد به نصوص كثيرة خاصة تجيزه ، كما ثبت ذلك من فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - في مال معاذ ، وحكم عمر رضي الله عنه في أسيف جهينة ، وثبت صحة ذلك (۳) .

6 - القول بأن النقيدين من الذهب والفضة كنيرهما من العروض والعقار (۴) فما يباع فيه الذهب والفضة يباع فيه غيرهما ، غير صحيح ، لأن النقيدين في حكم الشيء الواحد بخلاف غيرهما (۵) .

ويجاب عن ذلك :

بأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة يباع فيه العقار والعروض ، فالنقدان يباعان في الدين وكذلك للعروض والعقار (۶) .

---

(1) الحاوي الكبير للمواردى 7 / 385 .

(2) يرجع : الحجر والولاية على المال أ. د / عبد الفتاح للتجار ص 121 .

(3) يرجع : الحجر والولاية على المال أ. د / عبد الفتاح للتجار ص 125 .

(4) العقار لغة : كل ملك ثابت له أصل كالمنزل والأرض .

والمصطلح : ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالدار والأرض ، أو يمكن تحويله مع تغيير صورته كالبناء والشجر .

يرجع : فسنن تعريب 4 / 3537 ، باب الرأء فصل العين ، ط : دار المعرف . المصباح المنير 250 .

لحكام المعاملات اشرعية للشيخ على الخفيف 36 . التعريفات للجرجاني 196 .

(5) يرجع : العناية على الهدية للبيهقي بيأش تكملة شرح فتح القدير 9 / 276 .

7- القول بأن الحجر على المدين فيه نظر لمصلحة الغرماء ، وخوف من التلجئة<sup>(1)</sup> أو الإضرار بالمال ، بأن يبيعه بيعا صوريا ويضيع حقوقهم : أمر موهو ، وغير مؤكد بل متوقع ، فلا تهدر بسببه أهلية المدين وبيع ماله جبرا عنه <sup>(2)</sup> .

ويجاب عن ذلك :

القول بأن التلجئة أو البيع الصوري متوهم وغير مؤكد هذا غير صحيح ، فهو أمر غير متوهم ولا نادر الحدوث بالنسبة للمدين الذي يماطل في سداد الدين ولا يريد قضاءه فلو لم يكن ميثا لبادر ومسارع بدفع ما عليه ، ولا يلجأ الدائن إلى الحاكم لطلب الحجر عليه وبيع ماله <sup>(3)</sup> .

8 - لا يصح أن ندفعنا الحرص على حقوق الدائنين إلى إنزال ظلم واقع بالمدين لخشية ظلم متوقع للدائنين ، فالواجب على المدين قضاء الدين لا بيع ماله ، والبيع لا يتعين لقضاء الدين بل يكون به وبغيره كالإستقراض ، فلذا لا ينوب القاضى عن المدين فى بيع ماله لأنه ليس للقاضى جبر المدين المعسر على تأجير نفسه ، أو جبر المرأة على الزواج لقضاء الدين من صداقها بخلاف الم محبوب والعنين ، لأن الواجب الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ، وتعدر الإمساك فتعين التسريح ، فإن امتنع الم محبوب والعنين عن التسريح ناب الحاكم مذهبهما وقام بالتفريق جبرا <sup>(4)</sup> .

---

(1) يراجع : المغنى لابن قدامة 6 / 195 ، المطى لابن حزم 6 / 476 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 451 .

(2) التلجئة : أن يظهر المتعاقدين بيعا لم يريداه باطنا بل أظهراه خوفا من ظالم ونحوه ، كخوف ضياعه أو نهبه فالبيع باطل حيث توطأ عليه ، وإن لم يقولا فى العقد تبايعا هذا تلجئة لدلالة الحال عليه . يراجع : كشف القناع 3 / 149 .

(3) يراجع : العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 275 ، الهداية شرح البداية 4 / 80 .

(4) يراجع : شرح العناية على الهداية بهامش تكملة فتح القدير 9 / 275 ، المبسوط للسرخسى 24 / 166 .

ويجاب عن ذلك :

بأن الاحتياط لحفظ الأموال واجب ، وعند امتناع المدين من قضاء الدين يكون ظالماً وهذا ظلم واقع على الدائن يجب رفعه ، والمدين عند ما ترك السعي للحصول على مال من أى طريق مشروع لمداد دينه ومأطل فى دفع ما عليه ، فكأنه أراد أن يعين طريق البيع لمداد الدين ، فإذا لم يتم ببيعه قام بالحكم ببيعه نيابة عنه حفظاً لأموال الدائنين (1) .

مناقشة أدلة القول الثانى :

نوقشت أدلة أبى حنيفة ومن وافقه بما يلى :

1 - الآية الدالة على أن البيع يكون عن تراض ، عامة (2) قد خصصها (3) حديث معاذ وغيره وفعل عمر - رضى الله عنه - الذى يدل على بيع مال المدين جبراً عنه لقضاء دينه .

---

(1) يرجع : البحر الرائق 8 / 89 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 451 .

(2) العام : لغة : الشامل وخلاف الخاص ، ويقال : عم الشيء عموماً ، شمل .

واصطلاحاً : لفظ يستغرق جميع ما يصلح له بوضع واحد .

يراجع : المصباح المنير 256 ، كتاب العين مادة عم ، المعجم الوسيط 660 ، 661 باب العين مادة عم منهاج الوصول فى علم الأصول للقائى للبيضاوى ، وشرحه البخارى والأسنوى 2 / 56 ط : محمد على صبيح ولولاده ، إرشاد الفحول للشوكلى 1 / 337 .

(3) الخاص لغة : مأخوذ من خص الشيء : خصوصاً : نقض عد وخص فلان بكذا لفرد به ، وجعله له دون غيره وتخصص فى علم كذا ، قصر عليه بحثه وجهده .

واصطلاحاً : إخراج بعض ما يتناول الخطاب ، أو هو الشيء المخرج عن اللفظ بعض ما يتناوله .

يراجع : المصباح المنير 105 ، كتاب الخاء مادة خصص ، المعجم الوسيط 261 ، باب الخاء مادة خص منهاج الوصول للبيضاوى 2 / 78 ، إرشاد الفحول للشوكلى 1 / 408 .

والعام قد يخصص : حيث يجوز تخصيص الكتاب بالكتاب والسنة والإجماع ، كقول الله تعالى : ( يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ) ، بقوله - صلى الله عليه وسلم - : القاتل لا يرث " وكقوله تعالى ( والمطلقات ينزبن بأنفسهن ثلاثة أروء ) ، وقد خصصت بقوله تعالى ( وأولات الأحمال لجلهن أن يضعن حملهن ) . يرجع : منهاج الوصول للبيضاوى 2 / 118 ، إرشاد الفحول للشوكلى 448 / 1 .

وأيضاً : المدين إذا امتنع عن البيع لقضاء دينه ، فقد أكل أموال الناس بالباطل ، ولو سلم أنه تجارة لا عن تراض ، لمنع البيع إذا باع بتضييق من الحاكم إذا حبسه ليبيع بنفسه (1) .

2 - قوله - صلى الله عليه وسلم - ( لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ) .  
حديث عام قد خصص بحديث معاذ وغيره ، من أن النبي - صلى الله عليه وسلم - باع ماله وقضى دينه .

فهذا الحديث عام قد خصص بأشياء كثيرة ، منها : قضاء الدين ، كما ثبت في حديث معاذ ، وثبوت الشفعة فهي بيع بغير رضا ، وإطعام المضطر والقريب والزوجة ، وكثير من الحقوق المالية (2) .

3 - إهدار الأهلية ضرر يلحق بالمدين ، وترك الحجر ضرر يلحق بالدائن ، ورعاية حقوق الدائنين أولى ، لأن عدم الحجر على المدين يؤدي إلى ضياع حقوقهم ، ويكون ذلك سبباً في عدم تشجيع الناس على التعامل لخوف المماطلة ، ومنع ارتكاب الضرر الأعلى دون ارتكاب الضرر الأدنى إنما يكون لو تحقق في شخص واحد ، فلا منع إن كانا في شخصين مختلفين ، وبيع مال المدين لخف من ضياع مال الدائن (3) .

ويجاء عن ذلك :

بأن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة ، والحبس ضرر يلحق المدينون مجازة شرعاً ولو لم يكن أعلى ما تندفع به ضرر الدائن ، وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن (4) .

---

(1) يراجع : الذخيرة للقرافي 8 / 168 ، المحلى 7 / 510 ، سبل السلام للصنعاني 3 / 113 ، 114 .  
(2) يراجع : الحاوي الكبير للمواردي 7 / 459 ، نيل الأوطار للشوكاني 5 / 379 ، سبل السلام للصنعاني 3 / 113 .

(3) يراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 273 ، الحاوي الكبير للمواردي 7 / 459 .

(4) يراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 273 .

ورد ذلك : بأن المدين قد يختار الحبس أبدا ولا يوفى حق الدائن فلا ينفع حينئذ ضرر الدائن .

ولو كان الحبس أعلى ضرراً من ضرر الدائن لما جاز الحبس ، لأنه لا يحتمل الضرر الأعلى لنفع الضرر الأدنى<sup>(1)</sup>.

4 - القول بأن الجبر على البيع كالجبر على التأجير والزواج لقضاء الدين الواجب عليهم من المال الذي يحصلون عليه ممنوع ، لأنه من المتعارف عليه أن منافع الحر وللزواج ليسا من طرق مداد الدين ، وإنما الأموال هي طريق التبادل والسداد<sup>(2)</sup>.

5 - القول بعدم بيع مال المدين وإنما يحبس حتى يبيع بنفسه ، ممنوع لأنه يترتب على ذلك ضياع المال ، ولأنه قد يختار الحبس مادام يبعده عن السداد والبيع جبراً عنه<sup>(3)</sup>.

#### الترجيح :

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلّتهم ومناقشة ما أمكن مناقشته والرد عليه يبدو لي أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مشروعية الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه لقضاء دينه أولى بالقبول ، وذلك لقوة أدلّتهم وحجتهم في الرد على ما ورد عليها من مناقشات مما أضعف أدلة المخالفين ، وفي هذا تشجيع للناس على التعامل دون خوف ضياع حقوقهم وأموالهم ، وأضف إلى ذلك : أن في الحجر على المدين وبيع ماله لقضاء دينه جبراً عنه تحقيقاً لمصلحة المدين والدائن معا .  
فمصلحة الدائن : استيفاء حقه وهذا معنى الحجر ومشروعيته .

(1) تراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 273 .

(2) تراجع : الذخيرة للقرافي 8 / 168 .

(3) تراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 273 .

ومصلحة المدين : أن يصبح عضوا نافعا فى المجتمع جديراً بالتعامل بعد براءة  
نمته، والقول بحبسه فيه ضرر له وضرر للفرماء .

أما ضرره : فيعتبر حبسه سابقة مقبنة تسيء إلى شخصه وتجعله منبوذا وغير  
ثقة بين الناس .

وفى حبسه ضرر للفرماء ، وذلك بتأخير استيفاء حقوقهم .

ويمكن تفادى ذلك بالبيع جبرا عنه ، فلذا كان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من  
بيع مال المدين جبرا عنه إذا ملك للوفاء وامتنع من سداد دينه هو الأولى ، لأن  
عدم بيع المال يجعل المدين يتمادى فى غشه وظلمه ويأكل أموال الناس بالباطل<sup>(1)</sup>.

" هذا والله تعالى أعلى وأعلم " .

---

(1) يراجع : الحجر والولاية على المال أ . د / عبد الفتاح النجار ص 136 .

## الضرع الثانى

### حكم الحجر على المدين

### وبيع ماله جبراً عنه فى القانون الوضعى

تمهيد :

الوضع العادى للأمر أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه طواعية واختياراً ، فإذا فعل ذلك فلا يوجد أي إشكال .

وإنما الإشكال يثور إذا امتنع المدين تعنتاً منه عن القيام بالوفاء بالتزامه ، فالتنصاء الحق يستلزم إجبار المدين على القيام بما للترم به .

والتنصاء الحق من المدين المماطل لا يستطيع الدائن أن يتقاضاه بنفسه اعتماداً على قوته الخاصة ، لأن ذلك انتهى منذ زمن بعيد ، وإنما يستطيع أن يلجأ إلى القضاء للوصول إلى الحماية القضائية ليقتضى حقه ، فالتنصاء هو الذى له حق جبر المدين على تنفيذ التزامه وأداء ما عليه من ديون حيث يهين السند التنفيذي<sup>(1)</sup> للدائن ، ثم يمكن الدائن صاحب السند من الحصول على حقه جبراً عن مدينه<sup>(2)</sup> .

فلذا أباح المشرع الوضعى للدائن أن يملك حقه من مال المدين جبراً عنه عن طريق الحجر عليه يمنعه من التصرف الذى يضر به حتى يتم الحجر على أمواله ويبيعها بطريق المزاد العلنى حيث إن أموال المدين ضامنه للوفاء بالتزاماته .

حيث نصت المادة 1/199 من القانون المدنى على أن: " ينفذ الإلتزام جبراً على المدين " فلذا ليس للالتزام سوى أثر واحد، وهو وجوب تنفيذه ولو جبراً عن المدين

---

(1) السند التنفيذي : هو عمل قانونى يتخذ شكلاً معيناً ، ويتضمن تأكيداً لحق الدائن الذى يريد الاقتضاء الجبرى . ويعتبر هذا السند هو المنشئ للحق فى التنفيذ حيث لا يجوز إجراء التنفيذ بنونه ويلتزم المحضرون بإجراء التنفيذ متى سلمهم أصحاب الشأن هذا السند .

يراجع : الوجيز فى التنفيذ الجبرى - د / عبد الحكم أحمد شرف - د / السعيد محمد الأرمازى 82 ط : 2004م .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د / نبيل إسماعيل عمر ص 5 ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د / أحمد أبو الوفا ص 11 .

به ، وإذا أطلق لفظ الإلتزام التصرف إلى الإلتزام المنى الذى يجبر المدين فيه على الوفاء إذا امتنع أما الإلتزام الطبعى فلا جبر فى تنفيذه وهو ما يقوم على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية (1) .

فالحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه ، أتأوله فى النقطتين التاليتين :

أولا : الحجر على المدين .

ثانيا : الحجر على ماله ويهجه جبرا عنه .

### أولا : الحجر على المدين :

الحجر على المدين فى الفقه الإسلامى يقبله فى القانون المنى ، الإعسار المدينى ولقد نظمه القانون المنى المصرى فى الفصل الثالث بخصوص " ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان " .

ولقد نصت المادة 234 من القانون المنى على أن :

- 1 - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه .
- 2 - وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون .

من هذا النص يتضح أن أموال المدين هى الضمان العام للدائنين وهى ضامنة للوفاء بالدين سواء كانت هذه الأموال منقولة أو عقارية ، وللدائن الذى حل أجل دينه أن ينفذ على أى مال من أموال المدين .

ولكن لا تكفى مجرد المديونية لغل يد الشخص عن التصرف فى ماله ، فالمدين فى القانون الوضعى له التصرف فى أمواله ، وإذا ما تصرف فيها فإنها تخرج من الضمان العام للدائن ، ولا يكون له فى الأصل من سبيل عليها ، وقد يلجأ المدين

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المنى 2 / 496 ، الوسيط فى شرح القانون المنى الجليل / عبد الرزاق أحمد السهوى 2 / 721 ط : دار إحياء التراث العربى - بيروت الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات د / محمود جمال الدين زكى ص 728 ، 729 ، للتطبيق على نصوص القانون المنى . د / أنور العمروسى 1 / 633 ، 634 ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية 1983 م .



إلى الإستدانة فيزاحم الدائن الجديد الدائن السابق ، وهذا من شأنه أن ينقص الضمان العام .

وجميع الدائنين متساوون في الضمان عند تعددهم ولا يتقدم أحدهم على الآخر إلا طبقا للقانون كحق الدائن المرتهن في التقدم (1) .

وإذا لم يكف المال للوفاء بالدين للجميع ، قسم بينهم بنسبة دين كل منهم . فإذا كان من حق الدائن أن يحصل على حقه من أموال مدينه بالتنفيذ عليها ، فله أن يتخذ على هذه الأموال من الوسائل ما يحافظ به على حقه .

ولقد نظم القانون المدني عدة وسائل وطرق للمحافظة على مال المدين يستطيع الدائن أن يستعملها بغية الوصول إلى التنفيذ على مال المدين لاستيفاء دينه ، فهي طرق وسطى بين التحفظية والتنفيذية تمهيدا للتنفيذ على مال المدين ، فهي الضمان العام الذى يخول الدائن أن يراقب أموال مدينه ما دخل منها فى ذمته وما خرج (2) .

#### وهذه الطرق والوسائل هي :

1- الدعوى غير المباشرة: (نظمها المادة 235 والمادة 236 مدنى) وبمقتضاها يستطيع الدائن أن يطالب بحق لمدينه فى ذمة الغير إذا أهمل المدين أو تهاون فى المطالبة بحقه ، وكان من شأن هذا الإهمال أن يؤدى إلى إعسار المدين أو يزيد فيه ، فيستطيع الدائن أن يباشر بنفسه حقوق مدينه المالية التي تقبل الدعوى نيابة عنه ، وبذلك يحافظ على الضمان العام تمهيدا للتنفيذ بحقه بعد

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 2 / 601 ، الوسيط للسهورى 6 / 935 وما بعدها ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / عبد الرود يحيى ص 73 ، 74 ، ط : دار النهضة العربية 1988م ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى ص 729 ، 778 ، 787 النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 54 ط : 1985م ، التعليق على نصوس القانون المدني م / أنور العمروسى 1 / 727 ، 728 ، الدعوى المسماة فى القانون المدني ، م / أنور العمروسى ص 4 - 5 ط : دار الفكر الجامعى الإسكندرية - 2002 . مجموعة أحكام محكمة النقض المكتب الفنى ص 18 - 612 . نقض منى جلسة 14/3/1967هـ ، ( نقض منى جلسة 23/12/1973م ) ص 24 ص 347.

(2) يراجع : الوسيط د / السهورى 6/935 ، الموجز فى النظرية العامة د / محمود زكى 729 ، الدعوى المسماة م / أنور العمروسى 504 .

ذلك على أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقاً لهذا المدين يدخل في عموم أمواله ضمناً لحقوق دائنيه (1) .

2 - الدعوى البوليصة : ( نظمتهما المواد من 238-243 مدني ) وهي دعوى عدم نفاذ التصرفات ، ويطلب الدائن فيها عدم نفاذ تصرف عقده المدين إضراراً به، فهو يدفع عن نفسه غش المدين إذا عمد إلى الإضرار به ، فيطعن في هذا العمل ويجعله غير نافذ في حقه إذا أثبت التواطؤ بين المدين والمتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن ويعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه (2) .

3 - الدعوى السورية : ( نظمتهما المادة 244 والمادة 245 مدني ) وفيها يطعن الدائن في تصرف صوري أبرمه المدين ليثبت أن المال موضوع التصرف لازال مملوكاً للمدين حتى يمكن التنفيذ عليه ، فهو يدفع عن نفسه غش المدين إذا عمد إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه عن الضمان العام .  
فالدعوى السورية هي : تصوير وضع ظاهر خلاف الحقيقة بقصد تحقيق غرض معين حيث يتم إخفاء الحقيقة بين الطرفين المتعاملين بتصوير وضع ظاهر مخالف لها ، فقد لا يوجد تصرف ، أو يختلف الوضع لظاهر عن الوضع المستتر ، كعقد بيع لعقار تهرباً من أن يفقد الدائن على هذا العقار (3) .

---

(1) يراجع : الوسيط للسهيوري 2 / 940 ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / عبد الوهيد يحيى 75 ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكي 778 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 57 ، مجموعة المكتب الفني ( نقض مدني جلسة 4/29/1975م ) س 26 ص 884 رقم 165 .

(2) يراجع : الوسيط للسهيوري 2 / 940 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 62 ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / عبد الوهيد يحيى 75 ، ( نقض جلسة 5/8 / 1978 ) طعن رقم 492 س 46 ق مشار إليه في المرجع السابق .

(3) يراجع : الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكي 779 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 71 - الوسيط للسهيوري 2 / 940 .

4 - الحق في الحبس : " نظمته المادة 246، 247 مدني " وهو وسيلة تكفل للدائن الحصول على حقه عن طريق حبس الشيء الذي تحت يده ، وإن كان فهو لا يهدف إلى المحافظة على الضمان العام تمهيدا للتنفيذ الجبري ، إلا أنه عليه أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس ليعبه واستيفاء الدين من ثمنه<sup>(1)</sup>. فهذه الطرق السابقة لا تغل يد المدين ويستطيع التصرف في ماله ويباشر جميع حقوقه عليه ، وهي إجراءات فردية تهدف إلى حمل المدين على الوفاء بما نشأ في ذمته من التزامات .

5 - شهر إحصار المدين : " ولقد نظمته المواد 249-251 مدني " الطرق والوسائل الأربعة السابقة التي نظمها المشرع الوضعي بهدف تجنب ما يمكن أن يتعرض له الدائن من خطر بسبب تصرفات المدين ، قد لا توفر للدائن العادي حماية كافية ، فقد لا يكون بين يديه مال يحبسه عن المدين حتى يستوفي حقه ، وقد لا ينجح في الدعوى البوليصة أو للصورية لفشله في إثبات التواطؤ أو إثبات الصورية فيخرج المال في مواجهة من ذمة المدين ، ولا يستطيع من ثم التنفيذ عليه بحقه رغم التواطؤ على الإضرار به ، فلا تتوافر له حماية إلا إذا منع المدين المعسر من التصرف في ماله عن طريق شهر إحصاره . وهذه الوسيلة أو الطريقة هي التي يقابلها في الفقه الإسلامي الحجر على المدين وجاء نظام شهر الإحصار ليحقق فعلا تلك المساواة التي تقررت قانونا بين الدائنين على أموال المدين<sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : الوسيط للمنهوري 2 / 941 ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / عبد الوود يحيى 75 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 77 . الموجز في النظرية العامة للالتزامات . د / محمود زكي 779 ، مجموعة أحكام محكمة النقض من 17 ص 1926 رقم 278 ( نقض مدني جلسة 12/15/1966م ) .

(2) يراجع : الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / عبد الوود يحيى ص 128 ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكي 779 ، 828 ، 829 .

وشهر الإعصار : دعوى يرفعها أحد الدائنين فى العادة على المدين المصر يطلب فيها الحكم بشهر إعصاره بغية منعه من التصرف فى أمواله تصرفا يضر به ، فهو إجراء فردى يتخذه أى دائن يغل يد المدين عن ماله حتى يستطيع الدائن أن يستوفى حقه من أموال المدين دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه .

وإجراءات الإعصار المدنى تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، فهى إجراءات أقوى من التحفظية إذ هى تغل يد المدين عن التصرف فى ماله ، وأضعف من التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن بل لابد للدائن من اتخاذ الإجراءات التنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذى شهر إعصاره ، ويصبح الشخص معسرا فى القانون المدنى إذا كانت أمواله لا تكفى للوفاء بديونه المستحقة الأداء<sup>(1)</sup>.

والإعصار المدنى يقابله فى القانون التجارى ، الإفلاس التجارى ، والإفلاس التجارى: هو غل يد التاجر المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها حماية للدائنين من سوء تدبيره وفساد تصرفاته بعد أن خان ثقتهم وأهدر ما منحوه من ائتمان ، ويهدف الإفلاس التجارى إلى تصفية أموال للتاجر المدين وبيعها وتوزيع الناتج من البيع على الدائنين كل بنسبة دينه ، ولا ترفع دعوى الإفلاس من أى دائن ، وإنما هى جماعية يحى يتقدم به أمين التفليسة نيابة عن الدائنين<sup>(2)</sup> .

ولقد نظم القانون المدنى الإعصار على غرار الإفلاس التجارى ما عدا بعض المسائل كاستبعاد التصفية الجماعية لأموال المدين باسم جماعة الدائنين ، ويهدف المشرع منه إلى حماية الدائنين .

(1) يراجع : التعليق على نصوص القانون المدنى : م / أنور العمروسى 1 / 788 . الوسيط للمنهوى 2 / 941 ، 942 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج ص 85 . النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 830 .

(2) يراجع : نظام الإفلاس فى القانون المصرى د / فاروق أحمد زاهر ص 10 ، 20 ، 66 ط : دار النهضة العربية سنة 2003م .

والإعسار المدنى يتخذ صورتين :

الأولى : إعسار فعلى : وهو حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين ولو كانت غير مستحقة الأداء على أمواله ولا يصدر بذلك حكم قضائى .

الثانى : إعسار قانونى : وهو حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء من أمواله .

والذى نظمته القانون المدنى هو الإعسار القانونى ، ولا تنشأ حالة الإعسار إلا بحكم قضائى يقرر اعتبار المدين فى حالة إعسار .

فإذا ما كانت أموال المدين لا تكفى للوفاء بديونه للمستحقة الأداء فإنه يجوز شهر إعساره بناءً على طلب أحد الدائنين ، أما التاجر إذا توقف عن دفع ديونه فى الميعاد المحدد فإنه يشهر بإعساره (1) .

ولقد نصت المادة 249 من القانون المدنى على أنه " يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء " .

وطلب شهر إعسار المدين فى الغالب يكون من أحد الدائنين بهدف غل يد المدين عن التصرف فى أمواله إضراراً بهم ، وقد يكون بناءً على طلب من المدين نفسه لمصلحة له فى ذلك ، كتقرير نفقة له من إيراداته وأمواله المحجوزة ولا يصدر إلا بناءً على حكم من المحكمة المختصة وبناءً على طلب الدائن أو المدين ولا تنضى به من تلقاء نفسها (2) .

ورغم توافر عدم كفاية الأموال للوفاء بالديون الحالية وطلب الدائن لشهر الإعسار، إلا أن الأمر جوازى للمحكمة ، فتراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت بالمدين من ظروف عامة كازمة لقتصادية، أو خاصة كمسئوليته عن

---

(1) يراجع : أحكام الائتزام بين الشريعة والقانون د / طلبه وهبه ص 125 ، الطبعة الأولى - دار الفكر العربى - القاهرة ، الموجز فى النظرية العامة د / عبد الوود يحيى 130 ، 154 وما بعدها الوسيط للسهورى 2 / 1211 ، 1214 .

(2) يراجع : التعليق على نصوص القانون المدنى م / أنور المروسى 1 / 788 ، 970 ، أحكام الائتزام د / طلبه وهبة 125 ، الموجز فى النظرية العامة د / عبد الوود يحيى 130 .

الأسباب التي أدت إلى إحصاره ومقدرته ومسئوليته ، وللقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن ، إذ قد يرى أن سبب الإحصار أزمة طارئة ويحتمل تحسن حالة المدين المالية في المستقبل ، فيرفض شهر إحصار المدين (1) .

### ثانياً : الحجز على مال المدين وبيعه جبراً عنه :

إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه طوعاً واختياراً فيكون التنفيذ جبرياً إما تنفيذاً عينياً مباشراً ، أو تنفيذاً بطريق الحجز والبيع .

فالتنفيذ العيني المباشر هو : جبر المدين وقهره على الوفاء بالتزامه عيناً من قبل السلطة العامة ، إذا كان لدى الدائن سند تنفيذي بحقه وامتنع المدين عن أداء هذا الحق ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين بإجبار المدين على التنفيذ قهراً ، كأن يجبره على تسليم الأرض التي التزم بتسليمها للدائن أو تسليم المنقول ، ويتم التنفيذ بتسليم العين للدائن ، والغالب في التنفيذ العيني المباشر أن يكون في الحالات التي يقتضي تنفيذ الالتزام تدخل شخصي من جانب المدين ، ولا يكون الإلتزام محله مبلغ من النقود (2) .

أما التنفيذ بطريق الحجز على أموال المدين واستيفاء الدائن حقه من المال المحجوز ذاته أو من ثمنه بعد بيعه هو الغالب في التنفيذ الجبري وهو المراد هنا ، وهذا الطريق يسمى بالتنفيذ بنزع الملكية ، وهو خاص بالإلتزام الذي محله مبلغاً

---

(1) يراجع : النظرية العامة للإلتزامات ، د/ توفيق حسن فرج 2 / 86 ، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات د/ محمود زكي 830 ، النظرية العامة للإلتزامات د/ عبد الرزاق فرج ص 93 ، بدون طبعة ، التعليق على نصوص القانون المدني : م / أنور العمروسي 1 / 788 .

(2) يراجع : قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري د/ عبد العزيز خليل بديوي ص 7 . 8 ، ط : دار الفكر العربي الطبعة الثانية 1980م . إجراءات التنفيذ د/ نبيل إسماعيل عمر ص 15 ، إجراءات التنفيذ د/ أحمد أبو الوفا ص 17 . الوجيز في التنفيذ الجبري د/ عبد الحكيم شرف ص 7 ، الوسيط للسنهوري

من النقود بحسب الأصل كعقد القرض ، أو بحسب المال كتحويل الإلتزام إلى مبلغ نقدي (1) .

والحجز : فرز مال معين من مال المدين لمباشرة إجراءات نزع الملكية أو وضع المال المنقول (2) أو العقار (3) تحت يد القضاء بقصد منع المدين من التصرف فيه تصرفاً يضر بحقوق الدائنين الحاجزين ، وإلا كان غير نافذ في مواجهة الدائنين الحاجزين ، ويظل المال على ملك صاحبه لا يخرج عنه إلى أن يباع بيعاً قضائياً في المزاد العلني بواسطة السلطة العامة ، ثم توزيع حصيلة التنفيذ، ولا يجوز إجراء الحجز إلا من الدائن الذي بيده سند تنفيذي ومستوفي سائر شروطه (4) .

وهذا الطريق المسمى بالحجز على مال المدين هو الوحيد الذي لا بديل عنه لاقتضاء الحقوق جبراً عن المدين عندما تكون الديون من النقود ، وهو يوجه إلى أموال المدين ولا ينال من شخصه ، لأن الإكراه البدني لإجبار المدين على التنفيذ غير معترف به كقاعدة عامة (5) .

---

(1) يراجع : قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري د / عبد العزيز بديوي ص 10 ، الوسيط للسنهوري 2 / 800 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل عمر ص 16 ، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات د / محمود زكي 778 .

(2) المنقول : كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف كالنقود والعروض والحيوانات والمكيلات . يراجع : الوسيط د / السنهوري 8 / 14 .

(3) العقار : هو الشيء الثابت المستقر بحيزه ولا يمكن نقله منه دون تلف ، ويسمى العقار بالطبيعة كالأرض والبناء . يراجع : الوسيط د / السنهوري 8 / 19 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 595 .

(4) يراجع : المرجع السابق ص 361 ، 367 ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري د / عبد العزيز بديوي 173 ، 174 ، إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 399 ، 400 ، الموجز في التنفيذ الجبري د / عبد المحكم شرف ص 325 ، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات د / محمود زكي 361-367 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 587 لسنة 46 ق نقض مدني جلسة 1979/6/20م ، طعن 214 لسنة 34 ق نقض مدني جلسة 17 / 5 / 1972م .

(5) يراجع : قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري د / عبد العزيز بديوي 159 .

## والحجز يتنوع إلى أنواع :

- 1 - حجز المنقول لدى المدين .
- 2 - حجز المنقول الذى للمدين لدى الغير .
- 3 - التنفيذ على العقار .

فلذلك تختلف طرق الحجز باختلاف طبيعة المال المراد الحجز عليه .  
فإن كان المال منقولاً مادياً فى حيازة المدين ، فيكون التنفيذ بطريق حجز المنقول لدى المدين .

ويتم عن طريق وضع المنقولات المادية المملوكة للمدين والتي فى حيازته تحت يد القضاء تمهيداً لبيعها واستيفاء الدائن لحقه من ثمنها (1) .  
وإن كان منقولاً مادياً فى حيازة الغير أو ديناً فى ذمته فيتم التنفيذ عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير .

ويكون يوضع ما للمدين من نقود أو منقولات فى ذمة الغير أو فى حوزته تحت يد القضاء ، ومنع هذا الغير من الدفع للمدين أو تسليمه للمنقولات إلى حين اتخاذ الدائن الإجراءات التى تخوله إقتضاء حقه من المال المحجوز أو من ثمنه المتحصل بعد بيعه (2) . وإن كان المال عقاراً فيكون التنفيذ عن طريق التنفيذ على العقار .  
ويتم بإعلان تنبيه نزع الملكية ، وهو ورقة من أوراق المحضرين يوجهها الدائن إلى مدينه على يد محضر لشخصه أو فى موطنه ، ويتم تسجيل هذا التنبيه فى

---

(1) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفاء ص 17 ، 405 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د/ عبد الحكم شرف ص 347 ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح ص 329 ط : دار الفكر العربى سنة 1991 .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفاء ص 17 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف 384 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 406 لسنة 36 قض منى جلسة 1972/1/13



مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته العقار ، ويعتبر العقار محجوزاً من وقت التسجيل<sup>(1)</sup> .

والقصد من هذه الحجز هو وضعها تحت يد القضاء ثم بيعها واستيفاء حق الحاجز من ثمنها ، ولا يستفيد منه إلا من تدخل فيه من الدائنين ، وما لم يتدخل فى الحجز لا يعتبر طرفاً فيه ، فلذلك لا يستطيع الدائن الحصول على حقه إلا باتخاذ إجراءات الحجز على أموال المدين وبيعها .

والخاتمة الطبيعية للحجز هى بيع الأشياء المحجوزة ثم قضاء الدين أو إستيفاء الدائنين ديونهم بالحصص بقدر ديونهم إن كانوا مشتركين فى الحجز<sup>(2)</sup> .

---

(1) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا ص 17 ، قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 559 وما بعدها .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 425 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل إسماعيل ص 368 .



## الضرع الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى من الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه وكذلك موقف القانون الوضعى من شهر الإعصار المبنى والتفويض على مال المدين بالحجز عليه وبيعه للوفاء بدينه يتضح ما يأتى :

1 - لقد اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من أن الحجر والإعصار كليهما يسبق الحجز والتصرف ببيع المال لقضاء الدين ، ولكن ذلك ليس بشرط فقد يتم الحجز وبيع المال دون حجر أو شهر إعصار ، لأن كليهما وسيلة ضمان للحفاظ على مال المدين خوفاً من تهريبه أو تديده حتى يتم التنفيذ بالحجز وبيع المال .

2 - لقد اتفق الفقه القانونى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فيما يترتب على شهر الإعصار والحجر من عدم سريان تصرفات المدين فى حق الدائنين والمساواة بينهم .

ولقد سبق الفقه الإسلامى القانون الوضعى فى وجوب حماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به حيث جعل الحجر سابقاً على التصرف ويمتد إلى جميع تصرفات المدين الضارة وقد لحق به القانون الوضعى أخيراً بنظام الإعصار المبنى .

3 - لقد ذهب الفقه القانونى إلى أنه لا يشهر إعصار المدين إلا إذا زادت ديونه الحالة على أمواله مخالفاً ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أن الحجر على المدين يتم إذا امتنع عن قضاء ديونه ولو لم تزد ديونه الحالة على أمواله (1) .

---

(1) راجع : أحكام الائتزام بين الشريعة والقانون د / طلبة وهبة ص 138 ، التطبيق على نصوص القانون المبنى م / أنور المروسى 1 / 793 ، وسائل إجبار المدين على الوفاء بدينه د / محمد حسن عبد الرحمن ص 143 ، 144 ، نشر دار النهضة 1417 هـ - 1997 م .

وفى هذا تشجيعاً للوفاء بالدين ، لأنه لو لم يحجر عليه أو يشهر إعساره حتى  
تريد ديونه الحالة على أمواله ، لأدى ذلك إلى الامتناع عن الوفاء بالدين ، ويعطى  
للمدين الحرية فى التصرف فى أمواله ويتوقف عن الدفع حتى يتم شهر إعساره  
بينما نريد أن نضيق على المدين حتى يسارع بالوفاء خوف الحجر عيه ومنعه من  
التصرف فى أمواله.

## المطلب الثاني

### شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه

فى الفقه الإسلامى

الفرع الثانى : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه

فى القانون الوضعى

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه .

## الضلع الأول

### شروط تملك الدائن لدينه

#### وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه فى الفقه الإسلامى

بحث الإسلام المدين على المبادرة والوفاء بدينه إختياراً لما قدمه له الدائن حينما أحسن صنعا له وقدم له ماله وقت الشدة لينتفع به ، فكان ولجبا عليه ألا يقابل هذا العمل بالإساءة ، ويمتنع عن الوفاء بالدين فى أجله المحدد له .

فإنه عز وجل يقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود .... الآية ﴾ (1) .

ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها .. الآية ﴾ (2) .

فهذا أمر من الله تعالى بالوفاء بالالتزامات وعدم تضييع الأموال على أصحابها ، فإذا ثبتت ديون على رجل وحل أجلها ، وكان له مال وماتل فى أدائها لأصحابها ، وطلب الدائنون من القاضى الحجر عليه وبيع ماله لقضاء دينه ، أمره القاضى بالوفاء بدينه وبيع ماله بنفسه ، فإن امتثل فيها ونعمت ، وإن امتنع عن البيع

(1) جزء من الآية رقم ١ من سورة نساء .

(2) جزء من الآية رقم 58 من سورة النساء .

وقضاء الدين ، فقد أباحت الشريعة الإسلامية إكراهه على الوفاء ببيع ماله جبراً عنه ، لأن مطله مع قدرته على الوفاء ظلم بين الدائن وتهديد للنظام الإجتماعى والثقة المتبادلة بين الناس .

ولقد روى عمرو بن الشريد - رضى الله عنه - أن النبى صلى الله عليه وسلم - قال ( لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته ) <sup>(1)</sup> أي شكواه وعقوبته ، وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال ( مطل الغنى ظلم وإذ نبع أحدكم على ملي فلينبع ) <sup>(2)</sup> .

فالقادر الممتنع عن الوفاء بدينه ظالم يستحق العقوبة ، وقد فسرها الفقهاء ببيع ماله جبراً عنه .

ولقد وضع فقهاء المسلمين إجراءات تتخذ ضد المدين الممتنع عن الوفاء لدينه بعد أن أصبحت المماطلة من المدينين شيئاً مألوفاً ، منها : بيع ماله جبراً عنه لقضاء دينه .

إلا أنهم وضعوا شروطاً يجب توافرها لبيع مال المدين جبراً عنه ، وكذلك وضعوا ضوابط وكيفية لبيع المال يجب إتباعها ، وذلك لمراعاة مصلحة الدائن ومصلحة المدين .

---

(1) الحديث تقدم تخريجه ص 56 .

(2) الحديث صحيح أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما . يراجع : فتح البارى باب الحوالة 4 / 570 حديث رقم 2287 ، شرح صحيح مسلم للنووى كتاب المساقاة 10 / 172 ، حديث رقم 1564 ، باب استحباب الوضع من الدين . سنن النسائى 7 / 316 ، أحمد فى المسند 2 / 245 .

ولذلك أتناول هذه الشروط التي يجب توافرها لبيع المال وكيفية بيعه فيما يلي :

أولاً : الشروط التي يجب توافرها لتملك الدائن دينه من مال المدين جبراً عنه هي:

- 1 - أن يلتزم الدائنون من القاضي الحجر على المدين وبيع ماله .
- لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه لو ركب رجل ديوناً استغرقت أمواله أو ذللت عليها وطلب الدائنون كلهم أو بعضهم من القاضي الحجر عليه حتى لا يهب<sup>(1)</sup> ماله ، أو يتصدق به أو يقر به لآخر حتى يباع المال لحقهم ، فالقاضي يجيبهم لطلبهم ، ويحجر عليه ويمنعه من التصرف ويأمره بالبيع بنفسه لقضاء دينه ، فإن امتنع باع القاضي ماله ، وقسمه بين الغرماء بنسبة ديونهم جبراً عنه .
- لأن الحجر لحقهم فاعتبر رضاهم به ، ولا بد من سؤال الحجر والبيع من القاضي وإن اختلف الغرماء في طلب الحجر ، فيجيب القاضي من طلب ، لأنه حق له ، ولئلا يتلف مالهم وهو من مصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم ، ما لم يكن الدائن محجوراً عليه لصغر أو جنون فالطلب لوليه<sup>(2)</sup> أو يكون الدين لجهة عامة كمسجد، أو للفقراء فيحجر القاضي على المدين بدون طلب خشية ضياع المال<sup>(3)</sup> .
- وأجاز بعض فقهاء الشافعية أن يكون التماس وطلب الحجر من المدين<sup>(4)</sup> .

---

(1) اللمعة لغة : السطوة الخالية عن العوض . واسطلاحاً : تملك عين بلا عوض . يراجع : لسان العرب لابن منظور 6 / 4929 ، باب إبقاء فصل الولي ، للمعجم الوسيط 1102 ، معنى المحتاج 537/2 ، الجلال المحلى بهامش حاشيتي قلوبى وعميرة 3 / 110 ط : دار إحياء الكتب العربية .

(2) الولي هو كل من ولي أمراً أو قام به ، جمع : أولياء ، وولي الصبي : أبوه ، ثم جده ، ثم وصيهما ثم القاضي - يراجع : المصباح المنير 400 ، معجم لغة الفقهاء 510 ، معنى المحتاج 2 / 236 - 237 .

(3) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 61 ط : دار المعرفة - بيروت ، المبسوط للرخسى 24 / 163 حاشية التمرقى على الشرح الكبير 3 / 269 ، المعونة على مذهب عالم المدينة 2 / 165 ، معنى المحتاج 2 / 200 وما بعدها ، أسنى المطالب وحاشية الرملى 2 / 183 وما بعدها ط : دار الكتاب الإسلامى ، المعنى والشرح التكميل 6 / 149 ، 159 ، كشاف القناع 3 / 422 - 423 لبحر الزخار 6 / 89 . السيل الجرار 4 / 250 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، شرح كتاب النبل 13 / 619 .

(4) يراجع : أسنى المطالب وحاشية الرملى 2 / 183 وما بعدها ، معنى المحتاج 2 / 200 وما بعدها

## 2 - أن يكون المدين موسراً مماطلا :

اتفق جمهور الفقهاء على أن المدين إذا كان موسراً يجب عليه أداء الدين الحال فوراً إن طوّل به ، فإن امتنع من أدائه أمره الحاكم به ، فإن امتنع وله مال ظاهر ، من جنس الدين وفي القاضى منه ، وإلا باعه وقضى دينه .  
وإن ذكر المدين أن المال لغيره سأل القاضى المقر له فإن صدقه فهو له ويستحلفه القاضى لجواز أن يكون قد تواطأ على ذلك ليدفع المطالبة عن المدين الممتنع عن أداء دينه .

وإن لم يكن له مال ظاهر وادعى الإصرار وصدقه الدائن ، وجب إنتظاره لحين ميسرة لقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ... الآية ﴾ (1) .  
ولا تحل مطالبة المدين الممسر حتى يوسر ويظهر له مال ، ثم يؤمر بقضائه ، فإن ماطل وامتنع ، فيباع عليه جبراً للقضاء ما عليه من ديون (2) .

## 3 - أن يكون الدين ثابتاً لازماً ومعيناً معلوماً :

فإذا ثبتت ديون على رجل بإقراره أو ببينه (3) قامت عليه عند القاضى أو يمين المدعى - الدائن - عند نكول (4) المدعى عليه - المدين - وسأل الدائنون للقاضى

---

(1) جزء من الآية رقم 280 من سورة البقرة .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسى 24 / 163 . الهداية شرح البداية 4 / 81 ، الفتاوى الهندية 5 / 62 بقعة شمسند والشرح الصغير 2 / 118 . أنسئ المطالب 2 / 187 ، حاشية الجمل 3 / 321 ط : دار الفكر . المغنى لابن قدامة 6 / 213 ، البحر الزخار 6 / 81 ، 91 ، السيل الجرار 4 / 250 للروضة الدنية 2 / 240 .

(3) البينة لغة : الحجة الواضحة ، وفي اصطلاح الفقهاء : المراد بالبينة : تشهد لأن الحق يتبين بهم أو . الز الأغلب فى البينات لشهادة لوقوع البينان بقول الشهود . وقال ابن قيه الجوزية ( البينة : اسم لكل ما يبرر الحق ويظهره ) فكل دليل أو حجة أو وسيلة فى ثبوت الحقوق وإنكارها أمام القاضى فهو بینه .  
يرجع . نصح المنيّر 47 ، نمعد الوسيط 100 ، مغنى المحتاج 4 / 585 . إعلام الموقعين 277 قيه نحو . 2 / 107 ط : المكتبة التوفيقية - القاهرة .

(4) سئل . الامتناع عن أداء شهادة أو حلف اليمين . بقا : نكل عن الأمر نكولا . نكص : رخص عن تبصر . امتنع عنه .



الحجر عليه ويبيع ماله ، وكان المدين موسرا ماطلا ، فلقد اتفق جمهور الفقهاء على أن القاضى يجيبهم لطلبهم إن أمره بالوفاء لدينه فامتنع ، مادام الدين ثابتاً غير متنازع فيه فضلاً عن ثبوت ملكيته للمال الذى يباع عليه ، وأن يكون الدين معيناً معلوماً ومستحقاً أى لازماً فإن كان الدين غير معين أو غير معلوم بأن كان مجهولاً ، أو كان الدين غير لازم كنجوم <sup>(1)</sup> الكتابة <sup>(2)</sup> أو الثمن <sup>(3)</sup> ..... فى زمن الخيار <sup>(4)</sup> ، فلا يستطيع الدائن أن يطلب الحجر على المدين ويبيع ماله ،

---

يراجع : المصباح المنير 371 ، معجم لغة الفقهاء 488 .

(1) النجوم : جمع ومفرده نجم ، وهو الوقت المعين لأداء دين أو عمل ، وما يؤدى فى هذا الوقت والقيم : أحد الأجرام السماوية المضيئة ذاتها ومواضعها النسبية فى السماء ثابتة ومنها الشمس .

يراجع : المصباح المنير 35 ، المعجم الوسيط 944 .

(2) الكتابة لغة : الضم والجمع ، يقال : كتبت العبد مكانه وكتبا ، وقيل للمكتبة كتابة : تسمية باسم للمكتبة - مجازاً ، لأنه يكتب فى الغالب للعبد على مولاة كتابا بالعق .

والمصطلح : عقد عقق بلفظها بعوض منجم بنجمين أو أكثر ، وهى خارجة عن فروع المعاملات لأن العبد وكسبه لمسيده ، فكانه باع ماله بماله ، ولكن قام الإجماع على جوازها ، وفى القرآن الكريم ( فكاتبوهم إن علمتم فىهم خيراً ..... الآية ) جزء من الآية رقم 33 من سورة النور .

يراجع : المصباح المنير 312 ، تهذيب الأسماء واللغات للنووى 288 / 3 ، حاشية قلابوى 362 / 4 ، تحفة الطلاب للقاضى زكريا الأنصارى 166 ط : دار الكتب العلمية .

(3) الثمن : هو ما تراضا عليه المتبايعان فيكون ثمناً للبيع فى عقد البيع أو القدر الذى يساوى قيمة المبيع فى الواقع ، أو العوض الذى يؤخذ على التراضى فى مقابلة المبيع عينا كان أو مئونة . يراجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيوخ على الخفيف 416 .

(4) الخيار : لغة الإختيار يقال : خرت بين الشيئين ، فوضت إليه الاختيار فاختار أحدهما ، ويقال : خير الشيء : انتقاءه واصطفاه .

والمصطلح : طلب خير الأمرين من إضناء العقد أو فسخه .

يراجع : لسان العرب 3 / 1300 باب الرأء فصل الخاء ، المصباح المنير 113 ، تهذيب الأسماء واللغات 95 / 3 . معنى المحتاج 2 / 59 . كشف القناع 3 / 198 .

ولا يبيع القاضى مال المدين ما لم يثبت الملك للمدين صيانة لفعله عن النقص ، لأن البيع من القاضى حكم بأن المال له <sup>(1)</sup> .

#### 4 - أن يكون الدين حالا :

اتفق جمهور الفقهاء على أن الدين الحال هو الذى تجب المطالبة به ، فإذا ثبت الدين على رجل وكان له مال ومطل فى الوفاء بدينه ، وكان هذا الدين حالا ، وطلب الدائتون من القاضى بيع ماله للوفاء بديونهم أجابهم إلى طلبهم .

ولو حل الدين وسأل المدين القاضى أن يؤخره إلى أجل ووعده بالوفاء ، فالقاضى يؤخره حسبما يرمى له ولا يعجل عليه ، ولكن يقدم كفيلا <sup>(2)</sup> أى ضامنا بئس الذى عليه فإن تأخر عن الموعد المحدد له باع القاضى ماله جبراً عنه <sup>(3)</sup> .

وكذلك اتفق جمهور الفقهاء على أن الدين المؤجل لا تجوز المطالبة به قبل حلول الأجل ولا يلزمه أدؤه ، لأن الأجل حق له مقصود فلا يفوت عليه ، وماله أولى من ديونهم .

وإذا اختفى المدين وأثبت الدائتون ديونهم عليه فى مواجهة وكيله فإنه يحجر عليه ويباع ماله لقضاء دينه ولو كان مؤجلاً .

---

(1) اراجع : الفتاوى الهندية 5 / 62 ، بلغة السالك والشرح الصغير 2 / 117 ، أسنى المطالب وحاشية الرملى 2 / 183 ، 187 ، 189 ، تكملة المجموع للمطعمي 13 / 278 ، مغنى المحتاج 2 / 200 ، البيان العمرائى 6 / 141 ، المغنى 6 / 193 ، 194 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 63 ، السيل الجرار 4 / 250 ، شرائع الإسلام 2 / 89 .

(2) الكفالة : لغة لضمان ، ويقال : تكفل بالدين للقرم به .

واصطلاحاً : ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس .

يراجع : المصباح المنير 319 ، المعجم الوسيط 828 ، الهداية بهامش شرح فتح القدير 7 / 163 أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 474 .

(3) اراجع : المبسوط للرخسى 24 / 163 ، بلغة السالك 2 / 117 ، الحاروى الكبير للماوردى 7 / 456 المغنى والشرح الكبير 6 / 189 ، 190 ، المطى 6 / 483 ، البحر الزخار 6 / 91 السيل الجرار 4 / 250 ، شرائع الإسلام 2 / 89 .

فإذا باع القاضى مال المدين قسم ثمنه على أصحاب الديون الحالة بنسبة ديونهم ، ولا يخبر شيئا للدين المؤجل ، وإذا لم يقسم حتى حل الدين المؤجل التحقق بالحال<sup>(1)</sup>.

ولو رفع الدائنون أصحاب الديون الحالة أمرهم إلى القاضى لبيع مال المدين للوفاء بديونهم فهل تحل عليه الديون المؤجلة ويشارك أصحابها فى قسمة المئ؟ فى ذلك قولان : أحدهما : ذهب إليه المالكية فى قول ، والشافعية فى وجه عندهم إلى أنه : تحل الديون المؤجلة إذا خاف صاحبه ألا يجد شيئا عند الأجل ، ولم يضمن على ماله لأن الذمة قد خربت ، وصاحب الدين رضى بالتأجيل مع تمكنه من المال وقد زالت المكنة ببيع المال فهو كالميت ذمته خربت وانعدمت<sup>(2)</sup>.

الثانى: ذهب إليه الجمهور لبعض الحنفية ، وقول عند المالكية ووجه عند الشافعية، والحنابلة والزيدية والظاهرية، والإمامية، والإباضية ، أنه : لا تحل الديون للمؤجلة وهى على آجالها ، وهو الأصح لأن الأجل حق له فلا يسقط كسائر حقوقه ، وهو دين مؤجل على حى فلا يحل قبل أجله ، وذمته لم تغرب ، لأن الدين الذى له لا يحل فلا يجب حلول ما عليه .

وتخالف ذمته نمة الميت ، لأن نمة الميت انعدمت بموته ، والمدين له نمة صحيحة فلا يشارك أصحاب الديون للمؤجلة أصحاب الديون الحالة بل يقسم المال الموجود على أصحاب الديون الحالة ، ويبقى المؤجل فى الذمة إلى وقت حلوله<sup>(3)</sup>.

(1) يرجع : المبسوط للرخسى 24/ 163 ، الشرح الصغير بهامش بئغة السالك 2 / 142 ، الذخيرة 8 / 162 ، 172 ، تكملة المجموع للمطيعي 13 / 272 ، 289 ، البيان العمراني 6 / 134 ، 150 . شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 82 ، المطى 6 / 483 . السيل الجرار 4 / 250 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، النبل 13 / 615 .

(2) يرجع : الذخيرة للقرافى 8 / 172 ، حشيتى قتيوبى وعصرة 2 / 285 .

(3) يرجع : المبسوط للرخسى 24/ 163 ، بئغة السالك 2 / 117 . والشرح الصغير بهامش بئغة السالك 2 / 124 ، الذخيرة 8 / 172 ، 206 . أسنى المطالب 2 / 184 ، تكملة المجموع للمطيعي 13 / 272 ، 289 . الحاوى الكبير للماوردى 7 / 456 ، البيان العمراني 6 / 150 ، 151 المغنى -

فإذا ما توافرت هذه الشروط فيجب على حكام المسلمين القادرين على رفع الظلمات والأخذ على أيدي المعتدين الظالمين أن يأخذوا لصاحب الحق حقه ولصاحب الدين دينه ممن ظلم ومنع جبراً وقهراً عنه ببيع ماله ، ويتملك الدائن لدينه من مال الدين جبراً عنه .

وفى ذلك تشجيع للناس على التعلون فيما بينهم حيث يقول ربنا سبحانه وتعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان .... الآية﴾ (1) . وتشجيع على التعامل دون خوف من ضياع أموالهم ، وفى ترك المدين الذى يملك الوفاء بدينه إعانة للظالم على ظلمه ، ويبقى الباب مفتوحاً للغش والتحايل على أكل أموال الناس بالباطل .

### ثانياً : كيفية بيع مال المدين جبراً عنه :

لقد وضع فقهاء المسلمين كيفية وضوابط لبيع مال المدين جبراً عنه فقالوا : يجب على القاضى الذى يتولى البيع مراعاة مصلحة الدائن ومصلحة المدين عند بيع المال لقضاء الدين لأن القاضى نصب ناظراً لمصالح الناس فينبغى له أن ينظر إلى المدين كما ينظر إلى الدائن ويراعى الآتى :

1 - يستحب للقاضى أن يشهد على حجر المفلس المدين ، وأن يشهر النداء عليه حتى يعلم به الناس (2) كما فعل عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - مع الأسيفع ، لئلا يخدعهم ويستضر الناس بضياع أموالهم وتحذر معاملته .

---

سوالشرح الكبير 6 / 189 ، كشف القناع 3 / 437 ، 438 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 82 ، المحلى لابن حزم الظاهرى 6 / 483 ، البحر الزخار 9 / 91 ، السيل الجرار 4 / 250 - 251 شرايع الإسلام 2 / 89 ، 90 ، النيل 13 / 615 .  
(1) جزء من الآية رقم 2 من سورة المائدة .

(2) المراد بشهر النداء على المدين هو زجره وتحذير غيره من ارتكاب ما أتاه وخزيه والتجريس به وإعلام الناس بجرمه حتى يكونوا على حذر منه فى تعاملهم ، وأن يتم ذلك بأى وسيلة تحقق هذا الغرض . فقد كان قديماً يركب دابة ، ويطلق به والمناداه فيهم بنفبه وما تقترب حتى يبلغ الخير إلى أكبر عدد ممكن وفى المجتمعات وعلى أبواب المساجد ، وما كان ذلك إلا لقصور وسائل النشر والإعلان فى هذه -

ثم يبادر ببيع ماله على الفور إن كان مستعجلاً عن الأداء ، لأن تأخير البيع مطلق وفيه ظلم للدلتين ، وللمبادرة ببراءة نمته وإيصال الحق لذويه ، ولا يفرط في المبادرة والاستعجال في البيع لئلا يبيع بثمن بخس (1) .

2 - يبدأ القاضى ببيع الأيسر فالأيسر ، فيبدأ بالنقود ، لأنها معدة للتقلب ولا ينتفع بأعيانها ، وبيعها أهون على المدين ، ثم العروض ، لأنها قد تعد للتقلب والاسترباح ، فلا يلحق بالمدين كبير ضرر في بيعها ، ويبدأ ببيع ما يخشى فسادها منها كالنهب واستيلاء ظالم ، ثم ما يسرع إليه الفساد ، كالطعام الرطب والفاكهة ، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة ولكونه عرضه للهلاك ثم سائر المنقولات (2) لخوف ضياعها ، ويبدأ بالأهم فالأهم فيقدم الملبوس على النحاس وهكذا ، ثم إن بقي شيء من الدين باع العقار ، وأخر العقار ، لأنه يؤمن عليه من التلف والسرقة ويقدم البناء على الأرض .

وهذا الترتيب ليس بواجب على القاضى بل مستحب ، لأنه قد تقتضى المصلحة تقديم بيع العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم ، فالأفضل تفويض الأمر إلى اجتهاد القاضى وبيع بقدر ما يفي بالدين ، ولا يبيع جميعه إلا أن لا يجد راعياً في شراء البعض فيبيع الكل للضرورة (3) .

---

=المصور أما الآن وقد تسعت المدينة وتقدمت فيمكن النداء على المدين وشهره بين الناس عن طريق شتى وسائل الإعلام المرئية والمقروءة والمسموعة ( - يرجع : التعزير في الشريعة الإسلامية د / عبد العزيز عامر 457 ، 459 .

(1) يرجع : الفتاوى الهندية 5 / 62 ، الذخيرة للقرافي 8 / 172 ، بلفه السالك 2 / 120 ، أسنى المطالب وحاشية الرملى 2 / 184 وما بعدها ، الشرح الكبير والمغنى 6 / 159 ، 197 ، البحر الزخار 6 / 90 ، شرايع الإسلام 2 / 93 ، انيل 13 / 615 .

(2) المنقول لغة : المحول من موضع إلى موضع آخر . واصطلاحاً : ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان آخر مع الاحتفاظ بهيئته وصورته الأولى قبل النقل كالكتب والملابس ونحوهما . يرجع : المعجم الوسيط 989 ، لفته الإسلامى وألفته للزحيلي 4 / 47 طدر الفكر نمش.

(3) يرجع : العناية بياض تكملة شرح فتح القدير 9 / 276 ، تبين المحقق للزيلي 5 / 200 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 120 ، تكملة المحمود 13 / 294 . البيان الممراني 6 / 155 ، أسنى =

3 - يبيع القاضى كل شيء من مال المدين حتى يوفى دينه ، ولا يترك له إلا مالا غنى به عنه فى حياته ، كالمفزل ، وما يستر عورته ، ويسد رفقته هو ومن يعول ، لأن هذا من باب التعاون على البر والتقوى ، وترك المضاربة بانفاق الفقهاء ، وما ثبت أن النبى - صلى الله عليه وسلم - أخرج معاذاً - رضى الله عنه - من مسكنه أو أعراه من ثيابه ، فترك له دار أو مسكن يصلح لمثله ، فإذا كان له داران بيعت إحداهما ، أو كانت داراً واسعة لا يسكن مثله فيها ، بيعت ويشتري له مسكن يصلح لمثله ، وكذا ثيابه إن كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلاً بيعت ، ويشتري له ما يلبسه مثله ، لأن قضاء الدين فرض فكان أولى من التجميل بالثياب والممكن .

ويترك له نفقته ونفقة من يعول حتى يقسم المال ، لأنه موسر ما لم يزل ملكه ، وحاجتهم الأصلية مقدمة على حق الغرماء ، وكذا كسوتهم ، لأن ذلك مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه ما لم يكن ذا كسب يغى بنفقته ونفقة من يعولهم .

وكذلك يترك له كتبه وآلة صناعته ، ويختلف كل شخص عن الآخر فهى مسألة نسبية حسب ظروف كل مدين ومن يعولهم ، فالأمر متروك لاجتهاد القاضى ، فيبيع ويبقى ما يراه مناسباً من أمواله <sup>(1)</sup>.

---

-المطالب 2 / 190 ، المعنى 6 / 203 ، الفروع للمقضى 4 / 304 ، 305 ، ط : عالم الكتب ، بيروت - شرائع الإسلام 2 / 93 .

(1) يراجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق 8 / 89 ، الدار المختار شرح تنوير الأبصار تحصيفى 6 / 151 ، مطبوع مع حاشية رد المحتار ط : دار الفكر ، النخبة للقرافى 8 / 163 . نسخة استك 2 / 120 ، 123 ، الحاوى الكبير تملوزى 7 / 460 ، أسنى المطالب 2 / 192 ، 193 . شرح الكبير والمعنى 6 / 203 ، 204 ، المبدع 4 / 321 ، المحلى لابن حزم الظاهرى 6 / 482 . بحر الزخار 6 / 82 ، 83 ، السيل الجرار 4 / 254 ، شرائع الإسلام 2 / 94 ، الروضة للنبدية 2 / 239 . شرح كتاب النيل 13 / 611 وما بعدها .

4 - يستحب أن يحضر المدين البيع ، لأنه أطيب لنفسه وأسكن لقلبه ، وأعرف بمتاعه من غيره جيدة وربيه ، وأضبط لثمنه ، وتكثر الرغبة فيه ، لأن شراء بحضرة صاحبه أحب إلى المشتري .

وكذلك يستحب حضور الدائنين ، لأن المال يباع لأجلهم ، وربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه ، وربما يجد أحدهم عين ماله فيأخذه ، وأيضا حضورهم أطيب لقلوبهم وأبعد للثمة ، والأمر موكل إلى اجتهاد القاضى فوجوز البيع بغير حضورهم ، لأن المدين لا تصرف له ، والدائن لا ملك له <sup>(1)</sup> .

5 - يتم البيع فى السوق ، أى يباع كل شيء فى سوقه ، لأن من يطلب السلعة فى السوق أكثر من أى مكان آخر ، ولأنه أحوط لمعرفة قيمته <sup>(2)</sup> ، وأكثر لطلبه ، ولكن يجوز البيع فى غير السوق ، لأن الغرض تحصيل الثمن ، وربما أدى اجتهاد القاضى إلى بيعه فى غير السوق لأنه أصلح وأقل تكلفة ولكن بشرط أن يكون البيع بثمن المثل .

والبيع يكون بالخيار لقاضى ثلاثة أيام للإستقصاء وطلب للزيادة فى كل سلعة بخلاف خيار التروى <sup>(3)</sup> فإنه يختلف باختلاف السلع ، فإن زاد فى الثمن آخر فى مدة الخيار ، يفسخ البيع ، وإن كانت للزيادة بعد مدة الخيار ولزوم البيع ، فيستحب

---

(1) يرجع : بلفه للمالك . والشرح الصغير 2 / 120 ، تكملة المجموع للمطعمي 13 / 293 . حاشية الجمل 315/3 ، الجلال المحلى بهامش حاشيتي قليوبى وعميرة 2 / 288 ، الحاوى الكبير للمواردى 7 / 444 ، أسنى المطالب 2 / 189 ، الفروع للمقضى 4 / 305 ، المغنى 6 / 202 المبدع 4 / 321 البحر الزخار 6 / 83 ، شرايع الإسلام 2 / 93 .

(2) القيمة : ما تقوم به المبيع فى السوق ، وقد تزيد عن الثمن وقد تساويه وقد تنقص عنه . يرجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 416 .

(3) خيار التروى لغة : النظر والتفكر والتأمل ، ويقال له خيار شرطى .

وإصطلاحا : بيع وقف به - أى لزومه - على إضاءا يتوقع فى المستقبل ممن له الخيار من مشتر أو بائع أو غيرهما . يرجع : المعجم الوسيط 408 ، الشرح الصغير ولفه للمالك 2 / 43 .

للقاضى أن يسأل المشتري الإقالة<sup>(1)</sup> ويستحب للمشتري أن يقبل ، لأن فيه إعانة للمدين على قضاء دينه ودفع حاجته<sup>(2)</sup> .

6 - يأمر القاضى الدائنين أن يرتضوا على مناد ثقة ينادى على السلع ، لأنهم أعرف بمن يصلح لذلك الأمر ، وفى ذلك تطيبب لنفوسهم ، فإن لم يرتضوا أو كان غير ثقة ، رده للحاكم واستأجر مناديا عند عدم وجود من يتطوع للتداء بدون أجر ، والأجرة فى بيت المال وقيل : إنها على الغرماء وقيل : من مال المدين ومصاريف السلع التى تباع من أجرة الكيال والعمال والبيت الذى فيه المال مقمة على حق الغرماء من مال المدين<sup>(3)</sup> .

7 - توزيع حصيلة البيع أو قسمة<sup>(4)</sup> المال بين الغرماء .

ينبغى للقاضى أن لا يعجل قسم المال إلا بعد البحث عن جميع الغرماء ، وإشهار الأمر ليعلم به الغائب ، فإذا لم يعلم له غريم غير من حضر قسم القاضى مال المدين الذى تم بيعه بين الغرماء ، فيأخذ كل دائن قدر دينه مادام المال ينفى

---

(1) الإقالة لغة : مأخوذة من قال يقبل قبلا : وهى بمعنى الرفع والإزالة ، يقال : قُلت البيع : فسُخه ، وقُلت الله عزركه : صُفح عنه وتجاوز ورقفه من مقره .

ولصطلاحا : رفع العقد وإزالته ، وقيل : ترك المبيع لبقائه بئمه .

يراجع : نساج المنيّر 310 ، المعجم الوسيط 805 ، المعونة 2 / 15 ، حاشية الجمل 3 / 156 كشاف نخع 5 / 285 .

(2) يراجع : بلغة السالك 2 / 120 ، الحاوى الكبير للموردي 7 / 447 ، أسنى المطالب 2 / 190 ، معنى المحتاج 2 / 206 ، المبدع 4 / 321 ، المعنى والشرح الكبير 6 / 203 ، الفروع 4 / 305 البحر الزخار 6 / 83 ، شرائع الإسلام 2 / 93 ، للنيل 13 / 614 - 616 .

(3) يراجع : الذخيرة للقرافي 8 / 200 ، حاشية الرملى 2 / 190 ، أسنى المطالب 2 / 185 الحاوى 7 / 445 ، البيان للمرافى 6 / 154 ، تكملة المجموع للمطيعي 13 / 293 ، المعنى 6 / 202 ، البحر الزخار 6 / 83 .

(4) القسمة لغة : التمييز والنصيب والحصة ، فيقال : قسم القوم الشيء بينهم : جزأه وأخذ كل منهم نصيبه منه .

ولصطلاحا : تمييز بعض الأنصباء عن بعض . يراجع : لسان العرب 12 / 478 ، باب الميم فصل القلف الفتاوى الهندية 5 / 203 .



بالدين جميعه ، وإلا قسمه بينهم بقدر حصة ونصيب كل واحد منهم فى الدين ، لأن الدينون متسوية فى استحقاقها فليس بعضها أولى من بعض ما لم يكن لأحدهم حق مقدم كالمرتبه فإنّه يأخذ حقه ثم يقسم للباقي .

فإذا ظهر دلتان آخر بعد القسمة لم تنقض القسمة ويشاركهم فيما قبضوه <sup>(1)</sup> .

وقال للظاهرية ومالك فى قول : لا حق له ولا يحاصصهم ويبقى حقه فى ذمة المفلس ، ولو شاركهم لكان نقضا لحكم الحاكم <sup>(2)</sup> .

والأصح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه يشاركهم ، لأنه غريم ولو كان حاضرا لشاركهم ، فإذا ظهر قاسمهم وليس قسم للحاكم حكما ، وإنما هو قسمة بان الخطأ فيها ، كمن قسم الميراث <sup>(3)</sup> وظهر وارث آخر فإنه يشارك الورثة <sup>(4)</sup> .

وفى مراعاة ما سبق نظر لكل من المدين والدائن ، والأمر موكول إلى اجتهد القاضى حسب ما يراه من المصلحة لكل منهما .

---

(1) يرجع : الفتاوى الهندية 5 / 63 ، تكملة شرح فتح القدير وشرح العنابة 9 / 278 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 120 ، 121 ، للذخيرة 8 / 200 ، المدونة 5 / 231 ، 235 ، ط : دار صادر - بيروت ، الحاوى 7 / 442 ، حاشية الجمل 3 / 316 ، 317 ، معنى المحتاج 2 / 207 ، 208 ، المعنى 6 / 198 ، 207 ، البحر الزخار 6 / 83 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، الروضة للندية 2 / 240 .  
(2) للذخيرة 8 / 200 ، المدونة 5 / 231 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 120 ، المعنى لابن حزم للظاهرى 6 / 483 .

(3) الميراث : لغة مأخوذة من ورث الشيء يرثه ورثا وإرثا ، والإرث ما ورث ، وهو البقاء ، والورث : الباقي ، وهو اسم من أسماء الله تعالى : لأنه الباقي بعد فناء خلقه ، ويسمى به الوراث من بني الإنسان بعد موت المورث ، والميراث : اصطلاحا : انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة ، وقيل : نصيب مقدر شرعا للورث .

يرجع : لسان العرب 5 / 4808 ، باب اللاء فصل اللو ، المصباح المنير 389 ، حاشية قليوبي 3 / 134 ، معنى المحتاج 3 / 3 ، الأحوال الشخصية فى الموارث د / محمد مصطفى شحاته ص 13 ، ط 1407 هـ - 1987 م .

(4) يرجع : تكملة شرح فتح القدير وشرح العنابة 9 / 278 ، الذخيرة للقرافى 8 / 200 ، الحوى الكبير للماوردى 7 / 442 ، المعنى لابن قدامة 6 / 198 ، 207 ، البحر الزخار 6 / 83 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، الروضة للندية 2 / 240 .



## الضرع الثانى

### شروط تملك الدائن لدينه

### وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه فى القانون الوضعى

تمهيد

إن حق الدائن قبل مدونه يثبت بالوسائل القانونية وبالأوضاع المقررة فإذا تعذر عليه الحصول على حقه بالطريقة الودية لزمه مقاضاه مدينه .  
فإذا ما حصل على حكم نهائى يثبت حقه كان يبدء سناً تنفيذياً لأخذ حقه جبراً عن المدين .

فالتنفيذ الجبرى يتحدد نطقه عند امتناع المدين من تنفيذ إلتزامه إختيارياً ، ولا يمكن للدائن أن يلجأ إلى هذا التنفيذ إلا إذا حصل على سند تنفيذى ، وكان حقه محقق الوجود ومعين المقدار ، وحال الأداء ، فيكون له الحق فى التنفيذ على أموال المدين ، وللتنفيذ عادة يكون بالحجز<sup>(1)</sup> على هذه الأموال وبيعها ، ولقد فصل قانون المرافعات<sup>(2)</sup> إجراءات التنفيذ على المنقولات لدى المدين ولدى الغير، وعلى عقارات المدين ، وكذلك إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائن سواء عن طريق التقسيم بالمحاصة أو التوزيع بحسب درجات الدائنين<sup>(3)</sup> .

---

(1) الحجز هو : وضع مال المدين تحت يد القضاء تمهيداً لنزع ملكيته وتمكين الدائن من اقتضاء حقه من ثمنه .

يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح 306 .

(2) قانون المرافعات : هو مجموعة القواعد التى تبين التنظيم القضائى فى الدولة وتحدد إختصاص المحاكم ، والتى تنظم الإجراءات والمواعيد الواجبة الإلتفاع فى التقاضى والمحاكمة والفصل فى الخصومات وتنفيذ الأحكام . يراجع : المبسوط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية د / عبد الحكيم أحمد شرف ص 7 ، ط 1409 هـ - 1989 م .

(3) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المبنى د / عبد الرزاق أحمد السهنورى 938 ، 939 النظرية العامة فى الإلتزامات د / عبد السلام ذهنى بك ص 261 ط : مطبعة مصر .

لذلك وضع فقهاء القانون الوضعي شروطاً يجب توافرها لتملك الدائن لدينه من مال المدين جبراً عنه ، وكذلك وضعوا ضوابط واعتبارات لكيفية بيع المال ، راعوا فيها النظر بين مصلحة المدين ومصلحة الدائن ، ونوضح ذلك فيما يلي :

**أولاً : الشروط التي يجب توافرها لتملك الدائن لدينه من مال المدين جبراً عنه :**

1- أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي وعليه الصيغة التنفيذية.

ولقد نصت المادة 280 من قانون المرافعات على أنه ( لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي ..... ) .

فإنه يتعين حتى يمكن للدائن ويستطيع أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه أو ينفذ على أمواله ويتملك لحقه جبراً عنه ، أن يكون بيده سند تنفيذي يثبت هذا الحق <sup>(1)</sup>.

والسندات التنفيذية هي : الأحكام والأوامر والمحركات المؤقتة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة <sup>(2)</sup> .

**فالأحكام هي : الأحكام القضائية الموضوعية التي تصدر على خصم متضمنة منفعة للخصم الآخر ويتطلب تنفيذها استعمال القوة الجبرية <sup>(3)</sup> .**

**والأوامر هي : ما يصدر من القضاء من قرارات بناء على طلب خصم دون سماع أقوال الخصم الآخر ودون تكليفه بالحضور <sup>(4)</sup> .**

---

(1) ولقد قضت محكمة النقض أن التنفيذ الجبري لا يكون إلا بموجب سند تنفيذي دال بذاته على استيفاء الحق . يراجع : الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسني 9 / 5 طبع 275 لسنة 31 جلسة 1966 / 2 / 1 ص 214 .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 19 ، 41 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل عمر 116 قواعد وإجراءات التنفيذ د / عبد العزيز بدوي 51 ، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون د / طلبه وبه ص 15 ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكي 779 ، قواعد التنفيذ الجبري د / عزمي عبد الفتاح 116 .

(3) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 41 ، قواعد التنفيذ الجبري د / عزمي عبد الفتاح 131

(4) يراجع : الموجز في التنفيذ الجبري د / عبد الحكم شرف 150 ، 197 ، قواعد التنفيذ د / عزمي عبد الفتاح 199 .

**والمحررات الموثقة هي :** المحررات الرسمية وهي عبارة عن ورقة بحرها موظف عام مختص بذلك يطلق عليه الموثق أو كاتب العدل ، ويثبت فيها ما تم على يديه من تصرف أو عقد أو ما تلقاه من ذوى الشأن طبقا للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطاته واختصاصه <sup>(1)</sup> ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم هي: ما يجريه قاضى المحكمة فى الدعاوى الجزئية من صلح بين الخصوم فإذا ما نجح فيثبت ذلك فى محضر ويتمتع بقوة تنفيذه ، وإذا أخل أحد الأطراف بما التزم به فيجربى التنفيذ ضده بمقتضى محضر الصلح ، والمحضر عقد وليس حكم <sup>(2)</sup> .

**والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون قوة تنفيذية منها :**

محضر التسمية الودية لتوزيع حصيلة التنفيذ ، فإذا ما تفق الدائنون على توزيع حصيلة التنفيذ دون تدخل من القاضى ، فإنه يثبت فى محضر ، ويكون له قوة السند التنفيذي <sup>(1)</sup> فلا يكفى أن يكون الدائن صاحب حق موضوعى ، بل لابد من أن يكون بيده سند تنفيذي يثبت حقه بعد ما منعت القوانين الوضعية الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ، فالسند التنفيذي عمل قانوني يتخذ شكلا معينا يتضمن تأكيدا لحق الدائن الذى يريد الإقتضاء الجبرى فإذا صدر بحقه حكم أو تضمنه سند رسمى كان الحق قابلا للتنفيذ ، ولا يجوز إجراء التنفيذ بغير سند تنفيذي وأن ينوب هذا السند بالصيغة التنفيذية <sup>(3)</sup> .

**والصفة التنفيذية هي :** أمر صادر من الدولة إلى السلطات المختصة بإجراء تنفيذ السند التنفيذي جبرا ولو اقتضى الأمر استعمال القوة الجبرية وفى ذلك نصت المادة 280 / 2 مرافعات ( وعلى الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى

---

(1) وقضت محكمة النقض أن ما تم من أعمال أمام مكتب التوثيق له قوة تنفيذية . يراجع : الموسوعة الذهبية د/ عبد المنعم حسنى 5/ 45 طبع 257 لسنة 36 جلسة 1971/1/19م من 22 ص 52 . إجراءات التنفيذ د/ أحمد أبو الوفا 209 ، أحكام الالتزام د/ طلبة وهبة ص 16 .

(2) يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى د/ عزمى عبد الفتاح 215 ، 217 ، الفوجيز فى التنفيذ الجبرى د/ عبد الحكيم شرف 218 ، 219 .

(3) يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى د/ عزمى عبد الفتاح 215 ، 217 .

طلب منها ، وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب إليها ذلك ) (1) .

## 2 - الحق الذى يؤكده السند التنفيذى محقق الوجود .

يشترط أن يكون الدين محقق الوجود ، أى وجوده مؤكد غير متنازع فيه ولا معلق على شرط ، ولقد نصت المادة 265 من القانون المدنى والمادة 268 على أن الحق يكون محقق الوجود إذا لم يكن معلق على شرط واقف أى غير مترتب وجوده على أمر مستقبل غير محقق الوقوع فالحقوق المتنازع عليها أو على ترتبها فى الذمة يجب تصفية النزاع فيها قبل قهر المدين وجبره على الوفاء (2) .

فإذا ما كان الإنسان لا يستطيع أن يقتضى حقه بنفسه بل يلجأ إلى القضاء كان من اللازم عليه أن يفتح القاضى بوجود حقه الذى ينازعه فيه الغير أو يمتنع من الوفاء به ويتعين عليه إقامة الدليل على هذا الحق .

فالإثبات الحق يكون بإقامة الدليل على وجود واقعة قانونية تعد أساسا لحق مدعى به أمام القضاء بالكيفية والطرق التى يحددها القانون ، ويكون بتقديم الدليل أمام القضاء فالإثبات للحقوق ضرورى يستلزمه تنظيم المجتمع ، فإذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على حقه ، تجرد هذا الحق من كل قيمة عملية ، فالدليل هو قوام الحق ومعقد النفع منه (3) ، فإذا أقام الدليل على حقه كان حقه

---

(1) يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 129 ، 284 ، الموجز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف 81 ، 82 ، 93 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 779 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل عمر 117 ، الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 5 / 150 طعن 59 لسنة 8 جلسة 1/1939م .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفاء 249 وما بعدها ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 779 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق فرج 2 / 63 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل عمر 116 ، 270 .

(3) يراجع : قواعد الإثبات د / عبد الرزق فرج ص 3 - 6 ( بدون ذكر طبعة ) .

4 - ملوكا للراهن فإن كان ملكا للغير فهو قابل للإبطال بناءا على طلب الدائن المرتهن ويزول بإقرار الملك الحقيقي أو إجازة الدائن المرتهن (1).

والأصل في حيازة المرهون رهن حيازة أن تكون للدائن أو لأخر يتفق عنه المتعاقدان وتظل الحيازة حتى يتم استيفاء الدين ، إلا أن الملكية للشيء المرهون تظل للراهن وله أن يتصرف فيه بما لا يمس حق الدائن رغم الرهن ، فملكية المرهون تبقى للراهن وله أن يرتب عليه حقا عينيا للغير ، وهذا التصرف لا يضر بدائن المرتهن ، لأنه يصدر بعد نفاذ الرهن في مواجهة الغير . فيكون له حق التقدم والتتبع .

وبمقتضى القانون يسعى الدائن المرتهن في استغلال الرهن إن كان في حيازته وما يأخذه ويحصل عليه من غلة يستنزله من الدين ، ولا يتسير هذا إلا إذا كانت الحيازة لدى الدائن (2).

ويمتاز الرهن الرسمي بخصائص كثيرة منها :

أ - أنه حق عيني عقارى يعطى للدائن المرتهن حق الأولوية والتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء دينه من ثمن المرهون ، كما يعطيه حق التتبع للعقار المرهون في أى يد يكون .

ب - الرهن الرسمي حق تبعى أى تابع للدين فلا يقوم الا بقيامه وينتهى بانتهائه .  
ج - للرهن الرسمي غير قابل للتجزئة أو القسمة فيبقى الرهن ضامنا لكل الدين ، ولكل جزء من الدين فلو اقتضى جزء من الدين ببقى العقار ضامنا لما بقي من الدين ويجوز التنازل عن ذلك بالاتفاق بين الراهن والمرتهن فى عقد الرهن (3).

---

(1) يراجع : التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 189 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو ص 365 .

(2) يراجع : التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 185 ، 193 ، 236 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 194 .

(3) يراجع : الوسيط د / السنهوري 271/10 ، 274 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 34/7 .

وأيضاً يمتاز الرهن الحيازي بخصائص عدة منها :

أ - الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم للجانبين يتم وينعقد بالإيجاب والقبول دون حاجة إلى القسليم .

ب - الرهن الحيازي حق تبعي لا ينشأ إلا تبعاً لدين وينتهي بانتهائه .

ج - الرهن الحيازي يخول للدائن المرتهن حق التقدم والتتبع للمرهون ، فيثبت له الأولوية في استيفاء دينه من ثمن المرهون على بقية الدائنين ، وله حق تتبعه في يد من انتقل إليه إلا أنه يتأثر بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أي أنه ينتقل بالحيازة .

د - الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة : أي يبقى الرهن بحاله ما لم يسدد الدين كله ولو كان الدين قابلاً للتقسام ما لم يتفق على خلاف ذلك <sup>(1)</sup>.

الفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي :

مما سبق يتضح أن الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتفقان في أمور :  
أ - أمه : أخرى :

ب - أن كلا منهما لا ينشأ إلا بالرضا والإتفاق ، وللدائن المرتهن سلطة التقدم والتتبع عند التنفيذ على المرهون .

2 - عدم تجزئة المرهون رهناً رسمياً أو حيازياً إلا بالإتفاق .

3 - ويختلفان في أن الرهن الحيازي ينعقد بالرضا ، والرسمي لا ينعقد إلا بشكالية معينة .

---

- التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 230 - 234 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر المطار 8 ، 9 ، 51 ، 52 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 615 لسنة 49 ق نقض مدني جلسة 1984/12/25 طعن 1149 لسنة 49 ق نقض مدني جلسة 1986/12/28 ، طعن 1496 لسنة 57 ق جلسة 1992/5/31 م .

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 194 ، الوسيط د / السهوري 10 / 741 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكي 359 - 362 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تباغو 365 ، 366 .



4- للدائن فى رهن الحيازة سلطة حبس المرهون حتى يستوفى دينه ، والرهن الرسمى لا يخلو الدائن هذه السلطة .

5- الرهن الحيازى يكون عقاراً ومنقولاً، والرهن الرسمى : الأصل فيه أن يكون عقاراً.

6- الرهن الحيازى : معين أو قابل للتعيين ، والرهن الرسمى : يجب التعيين للمال والدين تعييناً دقيقاً ذاتياً .

### ثانياً : حكم الرهن ( تكليف عقد الرهن ) :

لما كان من المفروض أن يقوم المدين بالوفاء بحق الدائن إختياراً ، فإذا ما امتنع عن ذلك أو تأخر كان للدائن أن يقتضى حقه جبراً عنه عن طريق التنفيذ الجبرى على أى مال من أمواله ، لأن جميع أمواله ضامنة للوفاء بحقوق دائنيه ، وهذا هو الضمان العام .

غير أنه قد لا يكفى لتأمين حق الدائن ، لأنه يشمل كل أموال المدين دون تخصيص شيء منها للوفاء بحق الدائن ، وقد يتصرف فيها المدين فينقص هذا الضمان ، أو يكون مصراً ولم تكف أمواله للوفاء بحقوق الدائنين فيضيق على كل منهم جزء من حقه .

فكان لابد من وجود تأمين <sup>(1)</sup> خاص لحق الدائن إلى جانب الضمان العام . فأباح المشرع الوضعى للدائن أن يحصل على تأمينات خاصة لحقه حتى يستطيع أن يطمئن على أمواله واستيفاء حقه من منينه ويأمن بها إصसार المدين وينراً عنه

---

(1) التأمين هو : الأمن أو الأمان الذى يبيغيه وينشده الإنسان من خطر قد يتهده ، فهو وسيله يسعى إليها الدائن لتأمين الوفاء بالإنترامه ، لأن الدائن يتعرض لمخاطر منها : عند تحقق الأجل قد يصبح المدين مصراً ، فلا يحصل على شيء أو يحصل على شيء يسير تتبدد حاجته إلى طلب الأمن والأمان من هذا الخطر ، فمن هنا كانت مشروعية التأمينات لتحقيق غرض الدائن فى هذا الشأن . يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود ص 8 .

بها غشه وإهماله ، إذ أن هذه التأمينات تكون كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً في ميعاد الاستحقاق<sup>(1)</sup>.

وهذه التأمينات الخاصة نوعان: تأمينات شخصية ، وتأمينات عينية :

1 - التأمينات الشخصية : هي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينين أو أكثر كلهم مسئولون عن الدين ، وبذلك يكفل حق الدائن أكثر من ذمة ، فإذا أصغر المدين رجع الدائن على غيره من المسئولين الآخرين عن حقه ، وفي ذلك تأمين كاف لحقه ، ومن أمثلة هذه التأمينات عقد الكفالة<sup>(2)(3)</sup>.

2- التأمينات العينية : وهذه للتأمينات منها ما ينشأ بنص القائلون كحقوق الإمتياز<sup>(4)</sup> ومنها ما ينشأ بحكم قضائي كحق الاختصاص<sup>(5)</sup>، ومنها ما ينشأ بالإتفاق وهو الرهن .

- 
- (1) يراجع : الوسيط د / المنهري 10 / 5 ، 6 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 1-3 .  
(2) الكفالة : عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد الدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به للمدين نفسه ( مادة 772 مدني ) ...  
فيتعهد المص : عن الوفاء بحق دتائن ، فالدائن يحمي حقه بالتأمين الخاص إذ يستوفيه من أى من المسئولين عن توفده به .  
يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود ص 30 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار ص 2 / التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو ص 17 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكي ص 29 .  
(3) يراجع : الوسيط د / المنهري 10 / 6 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 18-20 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 1 - 3 .  
(4) حق الإمتياز : أولوية يقررها القائلون لحق معين مراعاة منه لصفته ، كدين النفقة لا يجوز الحجز عليه مثلاً ( مادة 1130 مدني ) .  
يراجع : للتأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكي 433 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 410 .  
(5) حق الاختصاص حق عيني تبعي على عقار أو أكثر من عقارات المدين يأمر به القاضي ببناء على -

وتعنى هذه التأمينات تخصيص مال معين يكون عادة مملوكا للمدين ، لتأمين حق الدائن فيكون له حق عيني وتبعى على هذا المال ، ويكفل الوفاء بحقه ، ولو انتقلت ملكية المدين له حتى له أن يتبعه فى يد من انتقل إليه ، ويستطيع أن يحجز عليه وهو فى يد الغير ويستوفى حقه منه ، ويتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين الأكرزل فى المرتبة .

فهذه التأمينات وخاصة عقد الرهن ، وضعها المشرع الوضعى ونظمها وأباحها من أجل أن توفى الضمان الكافى للدائن ، وتضع تحت يد المدين أداة للنقة والائتمان ، فيمقتضى عقد الرهن يستطيع المدين أن يقدم للدائن الضمان الكافى لحقه من أجل أن يحصل على ما يحتاج إليه من المال مادام قادرا على أن يقدم لدائنه الضمان الكافى<sup>(1)</sup>.

فالرهن يقوم على النقة والائتمان وهما من أهم وسائل التعامل فى المجتمع المتحضر حيث يستطيع المدين أن ينتفع بكل ما فى حوزة الدائن من طاقات مالية ، وأن يحصل الدائن على ما يقابل ذلك من المال ، وهذا هو الائتمان الذى تتميز به المجتمعات المتحضرة ، فلا بد من أن تنمو وسائل الائتمان وتقوى ليس فحسب لفائدة الدائن ، بل أيضا لفائدة المدين نفسه ، فالرهن عقد بمقابل يستفيد منه طرفا العقد "الراهن والمرتهن" ، فيستفيد المرتهن - الدائن - حيث يضمن الوفاء بالدين ،

---

= طلب الدائن المحكوم له بدينه ، وهذا الحق لا يختلف عن الرهن إلا من حيث مصدره . فمصدره اقتضاء ، ومصدر الرهن الاتفاق .

يراجع : التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 164 . التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 338 .

(1) يراجع : الوسيط د / السهوى 10 / 6 . تأمينات شخصية وعينية د / رمضان أبو السعود 18 - 20 . تأمينات عينية د / عبد الناصر العطار 1 - 3 .

ويستفيد الراهن - المدين - بالثقة التي هو في حاجة إليها والانتفاع بمال الدائن والتي لا يمنحها بدون الرهن فلم يرهن الشيء للتبرع به <sup>(1)</sup>.  
فالأغاية والهدف من الرهن أن يباع المرهون عند حلول أجل الدين إذا لم يتم المدين بالوفاء أو امتنع عنه ويتملك المرتهن - الدائن - لدينه جبرا عن الراهن بالطرق والكيفية التي نظمها المشرع الوضعي .

---

(1) يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تلافو من 5 وما بعدها ، التأمينات الشخصية والعينية د/ رمضان أبو السعود 228 ، 229 .

## الضلع الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف الرهن وبيان حكمه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى من تعريف الرهن وبيان حكمه وكذلك موقف القانون الوضعى يتبين ما يأتى :

1- الرهن فى القانون الوضعى يتنوع إلى نوعين : رهن رسمى ورهن حيازي والرهن فى الشريعة الإسلامية نوع واحد، وهو رهن الحيازة سواء كان المرهون منقولاً أو عقاراً .

2- الرهن الحيازى عند القانونيين قريب فى حقيقته وفى أغلب أحكامه إلى رهن الحيازة فى الشريعة الإسلامية .

أ - حيث يتفقان فى قبض المرتهن للعين المرهونة ونقل حيازتها إلى المرتهن أو العدل ، لبتحقق معنى التوثيق فى الرهن ، لأنه لو بقيت العين فى يد الراهن فيمكن أن يدعى أنه ما رهن ، أو أنه وفى الدين وقبض المرهون .

ب - ويتفقان فى عدم جواز الإنتفاع بالمرهون للمرتهن بدون مقابل وفى وجوب الاستغلال والمحافظة عليه .

ج - ويتفقان فى أن كلا منهما يرد على العقار والمنقول .

3- أما الرهن الرسمى فلم يكن معروفاً فى الشريعة الإسلامية ، وقد أنشأته القوانين الوضعية وهو خاص برهن العقار فى الأصل ، ولا يشترط فيه قبض المرهون . بل يظل فى يد مالكة إلا أن للمرتهن حق تتبعه فى يد أى حائز له لإستيفاء حقه من ثمنه عند الأجل إذا لم يوفه الراهن، وله حق التقدم على غيره من الغرماء . وقد استعاضوا عن القبض بالتوثيق الرسمى فجعلوه كالقبض ، فالوسائل التى شرعها القانون المدنى للمحافظة على حق الدائن من قيد وغيره كفيhle بحفظ العين المرهونة ويقائها ضماناً للدين ، فكان فى ذلك تأمين للدائن وليس هذا ما

يمنع من أن يقوم مقام القبض شرعا ، فكل وسيلة تؤدي إلى تأمين الدائن على دينه تقوم مقام القبض .

4- لقد اتفق القانون مع الفقه في كون الرهن ضمانا للعين كما هو ضمان للدائن كما ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية .

5 - كذلك اتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أنه يجوز رهن العين والدين كما ذهب إلى ذلك المالكية وغيرهم ، لأنه يمكن الاستيفاء من الدين ، لأنه مقدور عليه فجاز رهنه.

6- وافق القانون بعض الفقهاء في حبس المرهون لدى المرتهن وفي دوام الحبس حتى يتم استيفاء الدين وكذلك اتفق القانون مع الفقه الإسلامي في مشروعية الرهن وأن الهدف منه هو استيفاء الدين من المرهون أو من ثمنه عند حلول الأجل إذا لم يوف الراهن أو امتنع عن الوفاء (1) .

---

(1) يرجع : أحكام ابتناع المرتهن بالرهن د / عبد الفتاح البرشومي 22 وما بعدها ، التأمينات المبنية د / عبد الناصر العطار 185 وما بعدها .

## **المطلب الثاني**

### **كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون**

### **أو من ثمنه جبراً عن الراهن**

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبراً عن الراهن  
في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبراً عن الراهن  
في القانون الوضعي .

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من كيفية  
تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبراً عن الراهن .

## **الضلع الأول**

### **كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه**

### **جبراً عن الراهن في الفقه الإسلامي**

للرهن جعل وثيقة لحفظ دين المرتهن من الضياع حتى يستطيع أن يستوفي حقه  
من ثمن المرهون بعد بيعه إذا أفلس المدين - الراهن - ولم يوفه أو جحد الدين  
وأفكره .

فإذا حل أجل الدين وجاء موعد السداد المتفق عليه طالب المرتهن (الدائن)  
الراهن (المدين) بوفاء الدين ، ولزم الراهن - أي وجب عليه - الوفاء بالدين ، لأنه  
دين حال فلزم إيفاؤه سواء كان الإيفاء من الرهن أو من غيره .

موقف الفقهاء من إتفكاك الرهن بالدين أو ببعضه .

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أنه إذا استجاب الراهن إلى طلب المرتهن ووفاه دينه فيها ونعمت وانفك الرهن وعاد إلى صاحبه<sup>(1)</sup>.

ولكنهم اختلفوا فيما إذا قضاه بعض الدين فهل يسترد ما يساويه من المرهون أم يبقى الرهن حتى يوفى الجميع ؟ وذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء " الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنبلة ، والظاهرية ، والزيديّة ، وقول عند الإمامية ، وقول عند الإباضية وبه قال إسحاق<sup>(2)</sup> ، وأبو ثور<sup>(3)</sup> والثوري<sup>(4)</sup> وابن المنذر<sup>(1)</sup> " .

---

(1) يرجع : تبين الحقائق 6 / 83 ، للخيرة 8 / 140 ، روضة الطالبين للإمام أبي زكريا النوروي 4 / 108 ، ط : المكتب الإسلامي ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي 4 / 37 ، المطي 6 / 382 السيل الجرار 3 / 272 ، المبسوط للطوسي 2 / 205 ، النيل 11 / 66 .

(2) إسحاق هو : إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة زيد بن سهل الأنصاري البخاري المدني أبو يحيى تابعي سمع عنه لأمه أنس بن مالك ، وأباه ، والطفيل بن أبي كعب ، وآخرون من التابعين ، وروى عنه يحيى بن سعيد الأنصاري ويحيى بن أبي كثير وهما تابعيان ، والأوزاعي ، ومالك ، وحمام بن سلمة وآخرون ، واتفقوا على أنه ثقة وأحاديثه مشهورة في الصحيحين وهو أشهر إخوته عبد الله ، ومقبوب ، وإسماعيل ، وعمر ، وأكثرهم حديثاً توفي سنة 132 هـ وقيل 134 هـ - رحمه الله تعالى . يرجع : شذرات الذهب 1 / 189 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 127 ، 128 .

(3) أبو ثور هو : إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي ولد سنة 170 هـ من أكابر العلماء في عصره ، أحد أئمة الدنيا فقها ، وعلماء ، وورعا ، وفضلا ، روى عن صفيان بن عيينه ، ووكيع وأبي معاوية ، توفي ببغداد سنة 240 هـ - رحمه الله تعالى . يرجع : طبقات الفقهاء للشيرازي 101 ، 102 وفيات الأعيان 1 / 26 ، تذكرة الحفاظ 2 / 512 .

(4) للثوري هو : صفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب الثوري الكوفي وك سنة 97 هـ ، كان إماما عالما ، بارعا في الحديث والفقه من تابعي التابعين روى عن عبد الملك بن عمير وأبا إسحاق وغيرهما من التابعين ، وروى عنه الأوزاعي ، ومالك والفضيل بن عياض وابن المبارك توفي بالبصرة -



أن العين المرهونة رهن بجميع الدين ويكل جزء من أجزائه ، فإذا قضاه بعض الدين فالرهن لا ينفك ويبقى بيد المرتهن ولا يعود إلى الراهن حتى يوفى جميع الدين أو يقضيه <sup>(2)</sup>.

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1 - أن الرهن تعلق ووقع فى جملة الحق المرهون فيه ، فإن سقط بعض الدين بالوفاء أو بغيره كالحالة <sup>(3)</sup> أو الإبراء <sup>(4)</sup>، فلا يسقط بعض الرهن وتظل

سنة 161هـ رحمه الله تعالى . يرجع : الأعلام 3 / 104 ، شذرات الذهب 1 / 250 ، وفیات الأعيان 2 / 386 رقم 266 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 215 .

(1) ابن المنذر هو : محمد بن إبراهيم بن المنذر بن عبد الله النسابورى أبو بكر ولد سنة 242هـ إمام مجمع على إمامته وجلالته فى الحديث والفقه ، أخذ العلم عن أساتذة عصره منهم أبو حاتم الرازى ، وأبو سعيد بن إسحاق، وروى عنه الدارقطنى، والبخارى، وغيرهما ، له مصنفات كثيرة فى الإجماع والخلاف منها : الأوسط والأشراف والإجماع ، توفى سنة 309 هـ وقيل 310 ، وقيل 318 " رحمه الله تعالى" .  
يرجع : شذرات الذهب 2 / 280 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 485 .

(2) يرجع : الفتاوى الهندية 5 / 446 ، تبين الحقائق 6 / 83 ، مجمع الأنهر 2 / 587 ، بداية المجتهد 2 / 423 ، النخبة 8 / 140 ، حاشية الدوسقى 3 / 258 ، روضة الطالبين 4 / 108 ط : المكتب الإسلامى، الأم 3 / 209 ط : دار الفد العربى ، البيان العبراني 6 / 26 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 37 ، كشاف القناع 3 / 342 ، المطبى 6 / 382 مسألة رقم 1221 ، الروض النضير 3 / 375 ، السيل الجرار 3 / 272 ، المبسوط للطوسى 2 / 205 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 36 ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل 11 / 66 ، 67 الإجماع للإمام محمد بن المنذر ص 97 رقم 525 ط: الأولى 1401 هـ تحقيق فؤاد عبد المنعم .

(3) للحالة لغة : النقل والتحويل يقال : حول الشيء : نقله من مكان إلى آخر ، وحولته تحويلا : نقلته من موضع إلى موضع وأحلته بالدين إلى ذمة غير ذمته . والحالة اصطلاحا : عقد يقتضى نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة أخرى هي ذمة المحال عليه ... يرجع : المصباح المنير 97 ، المعجم الوسيط 230 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 71 ، مغنى المحتاج 2 / 263 ، الإقناع بهامش حاشية الجبيرى 3 / 444 ، نشر المكتبة التوفيقية لتعريفات للجرجاني 126 .

(4) الإبراء لغة : مأخوذ من برئ من الدين براءة : سقط عنه طلبه، وأبرأ فلان فلانا من حق له عليه : خلصه منه .

واصطلاحا : إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر ، كإسقاط الدائن دينه .

العين المرهونة بحالها على ما بقي ، لأن الرهن وثيقة على كل جزء من الدين .

2 - الرهن محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل جزء منه ، وذلك كحبس أنتركة عن الورثة حتى يؤدوا جميع الدين الذي على الميت ، وحبس المبيع حتى يؤدى المشتري جميع الثمن .

3 - الرهن لا يتبعض قياساً على الشهادة <sup>(1)</sup> بجامع التوثيق وكذلك الكفالة يتعلق بالكفيل الدين وأجزأؤه ولا يتبعض <sup>(2)</sup> .

### القول الثاني :

ذهب إليه بعض الإمامية وبعض الإباضية وذكره ابن رشد <sup>(3)</sup> عن قوم .

أن الرهن له استرداد ما يساوى ما دفعه من الدين من المرهون إذا كان الرهن يتجزأ بلا ضرر ، وقيل : إن لم يشترط بقاء الرهن لحين الوفاء بجميع الدين أنفك بقدر ما أدى <sup>(1)</sup> .

---

مراجع : المصباح المنير 34 ، المعجم الوسيط 66 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 507 (1) الشهادة لغة : الإخبار بما رأى والبيئة .

والمصطلحاً : إخبار بحق للغير على الغير بلفظ شهد ، وسمى الشهود بيئة ، لأن بهم يتبين الحق . تراجع : المصباح المنير 195 ، المعجم الوسيط 522 ، شرح فتح القدير وشرح العناية 7 / 364 ، حاشية القليوبي 318 / 4 .

(2) تراجع : تبين الحقائق 6 / 83 . مجمع الأثير 2 / 587 ، حاشية رد المحتار لابن عابدين 6 / 485 ، الفرشى على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الفرشى 5 / 259 ط : دار الفكر الخفيرة 8 / 140 ، حاشية النسوقى 3 / 258 ، الحاوى الكبير للماوردي 7 / 122 ، تكملة المجموع للطبعي 13 / 195 ، البيان العمرائى 6 / 26 ، كشاف القناع 3 / 342 ، المحلى 6 / 382 الروض النضير 3 / 375 فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 36 ، التلذذ 11 / 66 . 67 .

(3) ابن رشد هو : محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي أبو الوليد جد ابن رشد الفيلسوف ولد سنة 450 هـ زعيم فقهاء عصره بالأندلس والمغرب من أعيان المالكية ، قلنى الجماعة بقرطبة من مؤلفاته : المقدمات للمهدات ، والبيان والتحصيل ، توفي سنة 520 هـ ، رحمه الله تعالى .

مراجع : الأعلام 5 / 316 ، سير أعلام النبلاء 9 / 501 رقم 290 ، شذرات الذهب 4 / 62 .

واستلوا على ذلك :

بأن الرهن محبوس جميعه بجميع الدين ، فوجب أن تكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه<sup>(2)</sup>.

القول الراجح :

يتضح لى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من بقاء الرهن بحاله ولا يتبعض سواء كان يتجزأ أو لا يتجزأ حتى يقضى الدين كله ، هو الراجح ، لأن المقصود من الرهن هو الاستيثاق ، وليكون ذلك دافعا على سرعة قضاء الدين وإبراء الذمة لينفك الرهن ويعود إلى الراهن .

شرط تملك المرتهن للرهن أو يكون مبيعا له عند حلول الأجل وعدم الوفاء  
لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا حل أجل الدين ولم يوف الرهن الدين وكان قد شرط أن يملكه المرتهن بدينه أو أن يكون مبيعا له عند حلول الأجل إذا لم يوفه حقه أن هذا الشرط لا يجوز ، لتعلق البيع وتأكيث الرهن ، وكذلك لو قال الراهن للمرتهن إن جئت بحقه ليوم كذا ، وإلا فالرهن لك . لم يملكه المرتهن بذلك إجماعا<sup>(3)</sup>.

---

(1) يراجع : المقدمات الممهدة لبيان ما تقتضيه رسوم المنونة من الأحكام للشرعيات للإمام أبى الوليد محمد بن رشد الجد 2 / 367 ط : دار الغرب الإسلامى . تحقيق د / محمد حجي ، بداية تمجيد ونهاية المقصد 2 / 423 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 36 ، شرح كتاب التل 11 / 68 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 423 ، فقه الإمام جعفر 4 / 36 ، التل 11 / 68 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 6 / 224 ، حاشية رد المحتار 6 / 477 ، المنتقى للباي 5 / 239 . بداية المجتهد 2 / 422 ، النخيرة 8 / 98 ، المعونة 2 / 156 ، روضة الطالبين 4 / 97 ، تحفة المحتاج 5 / 90 - المبدع 4 / 235 ، الإنصاف 5 / 167 ، المطى 6 / 377 . البحر الزخار 5 / 121 . الروضة للتدنية 2 / 146 ، المختصر النافع . لنجم الدين الحلبي 137 ط : دار الكتاب العربى ، التل 11 / 68 .

واستدلوا على ذلك بما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم قال : ( لا يخلق الرهن - الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه ) (1).

وجه الدلالة من هذا الحديث :

لقد كان الرهن معروفا عند العرب فى الجاهلية وجاء الإسلام فأحاطه بقواعد وأحكام تنظمه وتكفل صلاحيته لما شرع لأجله .

فكانوا يرتهنون ويقولون إن جئتكم بالمال إلى وقت كذا ، وإلا فهو لك ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - ذلك وأهدر هذا الشرط وهو غلق الرهن وأقر أصله بما يتفق ومصلحة الإنسان ، والمراد بالإغلاق : استحقاق المرتهن له حيث لم يفكه الراهن فى الوقت المشروط فمثل هذا الشرط أبطله الشرع الحكيم وبنى الرهن على الاستيثاق (2) .

أما إذا حل أجل الدين ولم يوف الراهن الدين ، وأذن للمرتهن أو العدل (3) فى بيع الرهن :

فلقد اتفق الفقهاء على أن الراهن إذا لم يقض الدين وأذن للمرتهن أو العدل فى بيع المرهون باعه واستوفى حقه من ثمن .

---

(1) الحديث إسناده حسن متصل : وقيل : مرسل ، وقيل : رجاله ثقات ، يراجع : سنن الدارقطني 3 / 23 ح 125 ، سنن البيهقي 6 / 39 ، 40 ، سنن ابن ماجه 2 / 816 ح 2441 ، نصب الرأية للزيعي 4 / 319 ، ط : المكتبة الإسلامية ، سيل السلام 3 / 103 ح 810 ، نيل الأوطار 5 / 279 ح 2302 موطأ مالك كتاب الأفضية 2 / 105 ح 16 .

(2) يراجع : نيل الأوطار 5 / 280 ، سيل السلام 3 / 103 .

(3) العدل لغة : القصد فى الأمور ، وهو خلاف الجور ، والعدل : الإصاف ، وهو إعطاء المرء ماله وأخذ ما عليه . والعدل عند الفقهاء هو : الشخص الذى يرتضيه الراهن والمرتهن لحفظ الرهن وحيازته وبيعه عند الأحكام . يراجع : المصباح المنير 236 ، المعجم الوسيط 617 ، العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 10 / 173 .

لأن حق المرتهن متعلق بالثمن ومقتضى الرهن أن يستوفي الحق من ثمنه عند الأجل ولأنه مأنون له فيه بالوكالة ، ولأن المقصود من الرهن هو بيعه عند عدم الوفاء بالدين في أجله وقد باعه بإذن صاحبه في قضاء دينه . فصح ذلك كما في غير الرهن ، وما فضل من ثمنه فمالكه ، وإن بقي شيء من الدين رجع به على الراهن <sup>(1)</sup>.

أما إذا لم يأذن الراهن للمرتهن في البيع :

فإنه يطالب أولا بالوفاء ويبيع الرهن للوفاء بالدين ويتم البيع في العادة بواسطة الراهن أو وكيله ، لأنه هو المالك الحقيقي للمرهون .

فإن طالب الراهن المرتهن برد الرهن إليه لبيعه ، فلا يلزم المرتهن إجابته لطلبه فله أن يمكنه أولا يمكنه ، لأنه حقه فله إسقاطه ، ولأن حكم الرهن الحبس إلى أن يقضى الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه ، ويد المرتهن لا تمنع البيع ، فيبيعه الراهن وهو في يد المرتهن فإذا وصله حقه سلمه إلى المشتري أوردته إليه ، وليس للمشتري أن يسلم الثمن إلى الراهن إلا برضا المرتهن ، لأننا لأننا من أن يستوفي الثمن ويمتتع من قضاء الدين <sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 441 ، بدائع الصنائع 6 / 221 . لعنينة بهامش تلمذة شرح فتح القدير 10 / 176 . المعونة 2 / 157 ، المنتقى للباي 5 / 255 ، حاشية النسوقي 3 / 250 . حلية العلماء 2 / 601 ، الوسيط للغزالي 3 / 506 . ط : دار السلام للطباعة والنشر تحفة المحتاج 5 / 82 ، الروض المربع 319 ، الفروع 4 / 226 . كشف القناع 3 / 340 - 342 . المبدع 4 / 229 البحر الزخار 5 / 123 . السيل الجرار 3 / 280 . المبسوط للطوسي 2 / 217 . 218 . رياض المسائل 5 / 363 . شرح كتاب الفيل 11 / 68 .

(2) يراجع : مجمع الأثر 2 / 587 ، حاشية رد المحتار لأين عابدين 6 / 485 . تبين الحقائق 6 / 83 الوسيط للغزالي 3 / 521 . حاشية الجمل 3 / 288 . روضة الطالبين 4 / 88 .

موقف الفقهاء من أنه إذا حل أجل الدين وطالب المرتهن الراهن بالوفاء ، فلم يوف ولم يأذن له في بيع الرهن وامتنع عن أداء الدين لمطل أو إعسار وهو حاضر:

تحرير محل النزاع :

فلقد اتفق الفقهاء على أن المرتهن لا يستطيع أن يستقل ببيع المرهون دون إذن الحاكم في بيعه ، وعليه أن يرفع الأمر إلى القاضي ليتولى إجبار الراهن على الوفاء بالدين أو البيع ولا يبيع القاضي الشيء المرهون فور طلب المرتهن ، وإنما يكلف الراهن أولاً قضاء الدين ، أو الإذن في البيع للمرتهن ، أو يقوم بالبيع بنفسه أو بواسطة وكيله والمرهون في يد المرتهن أو العدل ، فإن امتثل فيها وبعثت وقد تم المقصود (1).

وإن امتنع الراهن عن ذلك ، فقد اختلف الفقهاء في جواز بيع القاضي الشيء المرهون جبراً عن الراهن وذلك على قولين :

سبب الاختلاف : لعل سبب الاختلاف يرجع إلى إختلافهم في الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه .

القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء " بعض الحنفية ، المالكية ، الشافعية ، الحنابلة ، الظاهرية ، الزيدية ، الإمامية ، الإباضية " إلى أن القاضي يبيع الشيء المرهون جبراً عن الراهن إذا امتنع عن الوفاء بالدين أو الإذن بالبيع للمرتهن أو البيع بنفسه

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 6 / 224 ، حاشية رد المحتار لابن عابدين 6 / 502 . المنتقى للباي  
7 / 255 ، بداية المجتهد 2 / 423 ، حاشية الدسوقي 3 / 251 ، أسنى المطالب 2 / 166 ، 167 ،  
روضة الطالبين 4 / 88 ، تحفة المحتاج 5 / 83 - 84 ، المغنى 6 / 142 ، ط : دار الحديث ، المبدع  
4 / 230 ، الروض المربع شرح زاد المستنقع 319 ، كشف القناع 3 / 342 - 343 ، البحر الزخار  
5 / 123 . ثماني 6 / 381 . رسالة الشئمة للشيخ محمد الحر العاملي 13 / 140 ط : دار إحياء التراث  
العربي ، شرائع الإسلام 2 / 80 .

وذلك دون حاجة إلى تعزير أو إجبار بحبس أو تهديد ، ولأن للحاكم بيع مال المدين إذا امتنع وقيل : يعزر أولاً فإن أصر على امتناعه باعه عليه القاضى ، ويقضى الدين من ثمنه ، بأن يعطى للدائن المرتهن حقه مقدماً على سائر الغرماء ، لأن له به حق اختصاص بالمرهون فثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن . ويتملك المرتهن دينه جبراً عن الراهن ، وذلك دفعا للضرر الواقع على المرتهن <sup>(1)</sup> .

القول الثانى :

ذهب إليه أبو حنيفة - إلى أن القاضى لا يبيع الشيء للمرهون ، ولكنه يحبس الرهن حتى يؤدي الراهن الدين أو يبيع الرهن بنفسه ويؤدى دينه .  
وللقاضى تعزيره بالحبس ، لأن حقه باق والحبس جزاء للظلم ، فإذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه دفعا لظلمه وهو المماثلة <sup>(2)</sup> .

وهذا الحكم مبنى على الاختلاف فى الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك من أقوال العلماء وأدلّتهم ومناقشتها فى المبحث الأول <sup>(3)</sup> .  
غاية الأمر عند أبى حنيفة أنه إذا امتنع من بيع المرهون للوفاء بدينه فليس للقاضى البيع للمرهون من غير رضا صاحبه ، ولكنه يحبسه حتى يبيع بنفسه ، ويجبره على البيع ولو كان المرهون داراً ليس له غيرها يسكنها ، لتعلق حق المرتهن بها بخلاف المفلس .

فإذا أجبره القاضى على البيع وباع قالبيع صحيح بهذا الإيجاب ، لأنه وقع على قضاء الدين قلو قضاء يغيره صح ، وإنما البيع طريق من طرق قضاء الدين .  
وإذا وجد فى مال المدين - الراهن - مال من جنس الدين وقى الدين منه ولا حاجة للبيع جبراً .

(1) يراجع : بدائع الصنائع 6 / 224 ، حاشية الدسوقي 3 / 251 ، لسنى المطالب 2 / 166 . ثمنى 6 / 142 ، المطى 6 / 381 ، البحر الزخار 5 / 123 ، شرائع الإسلام 2 / 80 ، النيل 11 / 70 .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 442 ، بدائع الصنائع 6 / 224 ، شرح الحاشية على الهداية بهامش شرح تكملة فتح القدير 10 / 176 .

(3) يراجع : ص 66 وما بعدها .

ومع ذلك فقد اختلف مشايخ الحنفية فى قول أبى حنيفة فمنهم من قال : لا يبيع القاضى جبراً عن الراهن قياساً على للمدين، ومنهم من قال : يبيع ، لأن جهة البيع تعينت (1).

والقول الراجح فى ذلك :

هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز بيع الشيء المرهون للقاضى جبراً عن الراهن إذا تمتع عن البيع ، أو الإذن بالبيع أو الوفاء بالدين ، لأن القول بعدم البيع للشيء المرهون إلا برضى الراهن يؤدى إلى إهدار قيمة الرهن ، حيث لا يستطيع المرتهن أن يطلب بيع الرهن للوفاء بدينه ما لم يرض الراهن ، والرهن وثيقة لضمان الوفاء بالدين ويقضى من ثمنها إن تعذر على المدين الوفاء من غيرها أو امتنع ، وإذا لم يقع الإستيفاء من الرهن بطل كونه متوقفاً به ، لأن فائدة توثيقه فى القضاء منه (2).

وإذا حل أجل الدين وغاب الراهن أو تغيب :

فليس للمرتهن بيع الرهن إلا بإذن القاضى ولو كان قد أذن له الراهن فى البيع ، لأن البيع لغرض نفسه فيتهم فى الإستعجال وترك النظر فى النية دون الحضور ، وقيل : يبيع المرتهن الرهن بدون إذن القاضى ويأخذ قدر حقه ويتصدق بالباقى ، وقيل : لم يجز للمرتهن أن يبيع منه إلا قدر دينه (3).

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 4/254 ، بدائع الصنائع 224/6 ، حاشية رد المحتار لابن عابدين 6/ 502 شرح العناية على التبعية بـ حسن تكملة شرح فتح القدير 176/10 ، تبين الحقائق للزيلعى 82/6 .  
(2) يراجع : شرح حدود بين عرفه 2 / 415 .

(3) يراجع : غمر عيون البصائر شرح كتاب الأمية والنظائر لابن نجيم 3 / 245 ط : دار لكتب العلمية - بيروت . حاشية رد المحتار 6/ 502 . الذخيرة للقرافى 8 / 121 ، حاشية السواقى 3 / 251 .  
بنغة المستند 2 / 111 - 112 . إسنه الطائين للبكرى 3 / 610 ط : إحياء لكتب العربية - لجنة المحتاج لترملى 4 / 274 - 276 ط : مصطفى البابى الطبلى - المسائل تفهيمية ذبى يعلى الفرغ - حتى 343/1 ص : مكتبة المعارف - الرياض - شرح كتاب التلويل 11 / 70 .



فإذا حل لأجل الدين وغاب الراهن أو تغيّب ولم يأذن القاضى للمرتهن ببيع الرهن: فيتولى القاضى البيع بناء على طلب المرتهن ، وبعد التأكد من ثبوت الدين، وأن الرهن ملك للراهن ، فإذا تحقق ذلك وثبت لدى القاضى ، باع المرهون وقضى الدين من ثمنه .

لأن البيع تعين طريقاً لأداء الواجب وهو قضاء الدين ، ويقوم القاضى مقامه ، لأنه حق تعين عليه ، كالإيفاء من جنس الدين .

ولقد اتفق الفقهاء على أن : المرتهن أحق من سائر الغرماء حتى يستوفى حقه ، فإذا ضاق المال تقدم على سائر الغرماء ، لأن حقه متعلق بعين الرهن ، وزمة الراهن معاً وسائر الغرماء يتعلق حقهم بالزمة دون العين ، فكان حقه أقوى ، وهو من أكثر فوائد الرهن وإن قصر الرهن عن الوفاء بقيمة دينه فهو أسوة الغرماء فيما بقى من دينه <sup>(1)</sup>.

ولقد ورد قول عن الإمام مالك والإمام جعفر الصادق : أن كل الغرماء أسوة ولا يستأثر المرتهن بضمن المرهون .

وهذا مردود، لأنه لم يعتمد ضرر الغرماء ، وقد دخلوا عند المعاملة على ذلك <sup>(2)</sup>. ويبدأ القاضى ببيع الشيء المرهون أولاً ولو كان غير المرهون أولى بالبيع، كخوف هلاك أو فساد ، لوفاء الدين ، وذلك لتعلق حق المرتهن بعينه .

ويبدأ كذلك ببيع الشيء اليمس من المرهون فى المجلس ، كالثياب والذهب ، أما ماله بال ففى أيام ويشهر ويسمع به ، كالجارية والدار والثوب النفيس ، وربما نودى عليه الشهرين وإن احتاج المرهون إلى نفقة فى البيع ، كانت على الراهن ،

---

(1) يرجع : غمز عيون البصائر 3 / 245 ، حاشية رد المحتار 6 / 502 ، حاشية الدوسقى 3 / 251 نهاية المحتاج 2 / 274 - 276 ، المعنى 6 / 143 ط : دار الحديث ، المسائل الفقهية 1 / 338 البحر الزخار 5 / 122 ، فقه الإمام جعفر 4 / 33 - 36 ، شرائع الإسلام 2 / 80 ، رياض المسائل 5 / 364 - 365 ، التلبل 11 / 68 .

(2) يرجع : الذخيرة 8 / 78 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 33 .

لأنه المالك الملزم بقضاء الدين والبيع نتيجة عدم الوفاء ، وتكون في ثمنه لا في عين الرهن .

فإذا تعذر الرفع للقاضي أو لم يكن قاض في البلد فلجماعة عدول أن يتولوا البيع .  
وقيل : إن عجز المرتهن عن إذن الحاكم أو خاف فساد المرهون فإنه يبيعه بنفسه ،  
وذلك كمن ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينه ، ويبيعه  
بالقيمة ويستوفي حقه <sup>(1)</sup>.

وإذا بيع المرهون عند امتناع الراهن من قضاء الدين أو تولى البيع بنفسه ، يكون  
المرتهن قد تملك دينه جبرا عن الراهن من المرهون أو من ثمنه .

---

(1) يراجع : غمز عيون البصائر 3/ 245 ، حاشية الدسوقي 3/ 251 ، الفخيرة 8/ 121 . أنى  
المطّاب 2/ 167 ، روضة الطالبين 3/ 88 ، المبدع 4/ 230 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4/ 36 مجلة  
البحوث الفقهية المعاصر ص 43 ، العدد 44 السنة 11 ، حق التملك د / حسين سمرة .

## الضلع الثانى

### كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون

### أو من ثمنه جبراً عن الراهن فى القانون الوضعى

إذا حل أجل الدين وقام المدين الراهن بدفع الدين المضمون بالرهن وملحقاته من مصروفات وتعويضات إلى الدائن المرتهن ، أو برئت ذمته من كل ذلك بسبب من أسباب انقضاء الديون فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يرد الشيء المرهون وملحقاته إلى الراهن ، حيث انقضى للرهن فوجب الرد للمرهون ، لأن الرهن حق تبعى يقوم بقيام الدين وينتهى بانتهائه<sup>(1)</sup>.

وفى ذلك تنص المادة 1107 من القانون المبنى على أنه :

" يرد للدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات" .

لما إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين - الراهن - بالوفاء بالدين كله ، فإن بقى شيء من الدين مهما قل ، فلا يرد للشيء المرهون بل يبقى قائماً حتى يوفى ما بقى لأن الرهن لا يتجزأ . ما لم يتفقا على غير ذلك ، ويكون للدائن - المرتهن - التنفيذ بما بقى من حقه على المرهونه ، وله أن يبقى المرهون محبوساً فى حيازته فى مواجهة الراهن حتى يستوفى دينه كله من غلة المرهون أو مما يدفعه له<sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 829 / 10 وما بعدها ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار ص 243 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 921 لسنة 57 ق نقض مدنى جلسة 1989/12/17

(2) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 221 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 381 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 239 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود جمش الدين زكى 410 - 411 ، الوسيط د / السنهورى 831 / 10 ، الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حصى 446/4 طعن رقم 75 لسنة 36 نقض مدنى جلسة 1973/7/11 من 24 ص 1000 .

أما إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين - الراهن - بالوفاء بالدين :  
فلقد أعطى القانون الوضعي للدائن المرتهن رهن حيازة أمرين يستعملهما معا أو  
يستعمل أحدهما إذا حل أجل دينه ولم يستوف من المدين :

1 - حق حبس العين المرهونة حتى يستوفي حقه كله ، وهذا الحق لا ينازعه فيه  
أحد .

2 - التنفيذ بحقه على العين المرهونة أولا باعتباره دائئا مرتتها ، فإذا لم يكف نفذ  
على جميع أموال المدين الأخرى باعتباره دائئا عابدا بماله من حق في  
الضمان العام .

وعليه أن يستصدر الأحكام اللازمة لذلك ، لأنه قد لا يكون مزودا بورقة رسمية  
باعتباره دائئا مرتتها حيازة ، ويجب أن يراعى في التنفيذ المال المرهون أولا قبل  
غير المرهون وأن يكون التنفيذ على مال يفي بالدين ولا يزيد عليه كثيرا <sup>(1)</sup> .  
ولو كان الراهن - كفيلًا بعينا غير المدين ، فينفذ الدائن على المال المرهون فقط  
ولا يملك التنفيذ على أمواله غير المرهونة ، لأنه لا يسأل عن الدين إلا في حدود  
العقار المرهون ولا يستطيع الكفيل أن يطلب تجريد المدين أولا ما لم يتفق على  
ذلك <sup>(2)</sup> .

وفي ذلك نصت المادة 1110 من القانون المدني على أنه :  
" يخول الرهن الحيازي للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس  
كافة دون إخلال بما للغير من حقوق ثم حفظها وفقا للقانون إلى حين استيفاء حقه " .  
فالدائن الذي حل أجل دينه ولم يستوف حقه له الحق في حبس المرهون عقارا أو  
منقولا ماديا أو معنويا ، ويظل ذلك إلى حين استيفاء دينه كاملا تطبيقا لقاعدة عدم

(1) لراجع : الوسيط د / السنهوري 834 / 10 وما بعدها ، التأمينات الشخصية العينية د / رمضان أبو  
السعود : 357 ، 368 . مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 692 لسنة 1999 نقض منى جلسة  
28 / 3 / 1983م .

(2) يراجع : الوسيط د / السنهوري 836 / 10 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 105 .

تجزئة الرهن ولو كان الرهن فى يد عدل- يلتزم بحبس المرهون لحساب المرتهن، ولو خرج الرهن من حيازة الدائن دون إرادته أو علمه فله الحق فى استرداده من الغير ، لأن خروجه فى الحالة يعتبر من قبيل سرقة الضمان .

ولو كسب الغير حقا على الشيء المرهون قبل نفاذ الرهن ، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج عليه بالرهن ، فحقه فى الحبس يثبت له دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون<sup>(1)</sup>.

- إما إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء بالدين ، وكان الرهن رسميا :  
فلقد أعطى القانون للدائن المرتهن سلطة للتنفيذ بالحق الذى له على أموال المدين المرهونة وغير المرهونة ، ولم يعطه الحق فى الحبس للشيء المرهون ، لأن وجود الشيء المرهون رهنا رسميا يكون فى يد المدين - الراهن - .

- وطريقة التنفيذ على العقار المرهون توضحها المادة 1051 من القانون المبنى بقولها :

- 1° - للدائن بعد التنبية على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب يبيعه فى المواعيد وفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات .
- 2 - وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له أن يتقضى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلص عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار<sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 230 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 414 وما بعدها ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 386 وما بعدها .

(2) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 58 ، الوسيط د / السلهورى 10 / 414 وما بعدها .  
التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 276 - 279 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 244 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 368 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر المطار 104 - 106 .

ومن خلال هذا النص يتبين ما يلي :

أ - أن الدائن المرتهن ينفذ بحقه على أموال المدين المرهونة وغيرها ما لم يستوف دينه ، ويبدأ ذلك وفقا لنص المادة السابقة بأن ينبه على المدين بالوفاء بدينه عند حلول أجله فإذا وفاه انقضى حق الرهن تبعا لإتقضاء الدين المضمون ، فإذا امتنع المدين من الوفاء ، أو تأخر بعد حلول أجل الدين جاز للدائن التنفيذ بحقه على العقار المرهون ، ولا يحتاج إلى حكم لأن حقه ثابت فى ورقة رسمية حتما ، لأن الرهن رسمى .

ب - يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين ، ثم طلب بيعه بالمزاد لاستيفاء حقه من ثمنه وفقا للإجراءات والمواعيد التى نص عليها قانون المرافعات .

فيستوفى الدائن المرتهن - دينه من العقار المرهون أولا ، فإذا لم يف ثمن العقار المرهون بدينه كان له التنفيذ على أمواله غير المرهونة بصفته دائنا عاديا كمسائر الدائنتين ، فله أن ينفذ على عقاراته ، ومنقولاته دون أن يكون له حق التقدم فيها ، ويختار أى عقار أو منقول ينفذ عليه ويستمر فى التنفيذ حتى يستوفى حقه ، إلا أنه يتقيد فى التنفيذ بأمرين :

- 1 - ألا ينفذ على عقار أو عقارات تكون قيمتها أكبر بكثير من حقه .
- 2- ألا ينفذ على أمواله غير المرهونة إلا إذا كان العقار المرهون لا يفى بالدين<sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : الوحيش د / السنهوري 10 / 418 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير شعو 245  
للموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 445/4 ، طعن 288 لسنة 22 نقض مدنى جلسة 1956/3/8  
ص 301 .

لقد وضع القانون الوضعي ضوابط يجب مراعاتها عند استيفاء الدائن المرتهن لدينه من المرهون إذا امتنع المدين من الوفاء ، ولم يزل المرهون عن ملك الراهن :

فالمرهون إما أن يكون منقولاً أو عقاراً :

1 - فإذا كان المرهون عقاراً سواء كان مرهوناً رهناً رسمياً أو حيازياً :

فإن الدائن المرتهن يستوفى حقه وفقاً للإجراءات القانونية ويطلب بيعه في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات ، ويتقدم في استيفاء دينه من ثمن العقار بحسب مرتبته وله حق التمتع في أي يد يكون ، مع مراعاة للتنفيذ بالقدر الذي يفي بالدين ، وتنتهي هذه الإجراءات إلى بيع للعقار المرهون جبراً عن الراهن في المزاد العلني ، ويستوفى الدائن المرتهن دينه من ثمن هذا العقار وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام<sup>(1)</sup> .

إلا أنه قد يهلك هذا العقار قبل بيعه بالمزاد فينتقل حق الدائن إلى قيمة هذا العقار كمبلغ تعويض في حالة تعدى الغير على العقار المرهون أو مبلغ تأمين ، أو مبلغ مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ( مادة 1049 مدني ) .

وتنص المادة 1056 على أنه : " يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجزوا القيد في يوم واحد - والمادة 1057 تقول : تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده .

وهذه الإجراءات التي وضعها المشرع الوضعي لضمان حق كل من الدائن المرتهن والمدين - الراهن - إذ يخشى أن يكون الدائن قد استغل حاجة المدين ، فالإخلال بشيء منها يكون باطلاً .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 54 ، 81 ، 82 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر المطار 110 - 112 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكي 281 ، التأمينات الشخصية د / سمير تاعو 136 ، 248 .

فذلك لا يجوز للدائن المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا أن يستوفي حقه عند امتناع المدين من الوفاء ، من العقار المرهون أو من غيره إلا وفقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها وفي ذلك تنص المادة 1052 من القانون المدني على أنه :

- 1 - يقع بأضلا كل اتفاق يكفل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان أبرم هذا الاتفاق بعد الرهن .
- 2 - ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه \* .

فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الوضعي قد أبطل شرطين هما :

- 1 - شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين .
- 2 - شرط البيع دون إجراءات وفيما يلي توضيح لهذين الشرطين بشيء من التفصيل.

### أولا : شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين :

إذا اتفق الدائن - المرتهن - مع المدين - الراهن قبل حلول الدين عند التعاقد أو بعده على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يملك العقار المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب ، أو بأي ثمن آخر أكبر أو أقل من الدين المستحق .

فإن هذا الاتفاق يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام <sup>(1)</sup> ، لاحتمال أن يكون قد تم تحت سيطرة واستغلال المرتهن للراهن ، وللراهن أن يتنازل عن طلب البطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الراهن ، ولكل ذي مصلحة التمسك به.

---

(1) انتظم العدد هو : "أسس سياسي واقتصادي واجتماعي واخلاقى انذى يقوم عليه كيان المجتمع فى الدولة كما ترسمه القوانين المنظمة فيها" . يراجع : المدخل لدراسة العلوم القانونية ( نظرية لقانون ) . د / بسامح عبد شتى شاميه 132 - 136 ط 1986 د .



فمثل هذا الشرط يكون باطلا ، لأن موقف الراهن ضعيفا ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه هذا الشرط ، وكثيرا ما يعتقد الراهن أنه سيوفى الدين عند حلول أجله ، ونظرا لضعف مركزه يقبل الشرط .

وقد أراد المشرع الوضعى حماية الراهن من هذا الإستغلال المخالف للنظام العام فنص على بطلان هذا الشرط ويبقى الرهن صحيحا ما لم يمس هذا الشرط عقد الرهن .

فإذا أثبت للدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الدافع إلى إبرام عقد الرهن فيبطل الرهن ببطلان هذا الشرط<sup>(1)</sup>.

أما إذا اتفق الدائن المرتهن مع المدين - الراهن - بعد حلول الدين كله أو بعضه على أن ينزل المدين - الراهن - عن المرهون للدائن المرتهن فى نظير الدين ، فإن هذا جائز ويكون وفاء بمقابل ، أو يتفق على أن يبيع له المال بثمنه أيا كان أكبر أو مساو أو أقل من الدين .

حيث إن للراهن فى مثل هذه الحالة لا يكون تحت تأثير ضغط الحاجة ، فقد استحق الدين ويستطيع أن يتمتع عن هذا الاتفاق مع الدائن إن شاء ويطلب بيع المال المرهون طبقا لإجراءات القانون .

إلا أنه قد يكون له مصلحة فى ذلك لتجنب مصاريف بيع العقار بالمزاد ، لذا أجازة المشرع الوضعى بعد حلول أجل الدين أو قسط منه<sup>(2)</sup>.

---

(1) الوسيط د / السنهورى 10/ 415 ، 839 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 106 . التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 370 - 372 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 276 - 278 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 245 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ص 1344 لسنة 48 ق نقض منى جلسة 15/ 4/ 1982م.

(2) راجع : الوسيط د / السنهورى 10/ 421 ، 840 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 108 التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 277 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 246 مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1344 لسنة 48 ق نقض منى جلسة 15/ 4/ 1982م .

## ثانيا : شرط بيع المرهون دون إجراءات :

وهو ما يسمى عادة بشرط الطريق الممهد، وقد يقصد به المرتهن تجنب إجراءات التنفيذ على العقار المرهون .

وصورة هذا الشرط : أن يتفق الدائن المرتهن مع المدين. الراهن على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، يجوز بيع المال المرهون بالممارسة<sup>(1)</sup>، أو بأى طريقة كانت دون إتباع الإجراءات التى فرضها قانون المرافعات فى البيوع الجبرية .

فإن هذا الشرط بطل ، لاستغلال الدائن المرتهن لضعف مركز الراهن ، فيفرض عليه هذا الشرط ، ويحرمه من الحماية التى كفلها له القانون فى فرض إجراءات معينة فى بيع المال المرهون بيعا جبريا ، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدى عادة إلى بيع المال المرهون بأكبر قيمة ممكنة .

فكل اتفاق بين الراهن والمرتهن يتم على أساس بيع المال المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به دون اتباع الإجراءات التى فرضها القانون فى البيوع الجبرية ، سواء عقد هذا الاتفاق مع عقد الرهن أو بعده ، فيكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ويبطل الشرط وحده ما لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والرهن معا<sup>(2)</sup>.

وبعد حلول أجل الدين يصبح هذا الاتفاق لانتفاء مظنة استغلال الراهن ، وإن كان القانون المدنى فى مادته 1052 لم تصرح بذلك ، كما نصت على جواز الإتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء ، ولكن يمكن قياس الحالة الأولى على الثانية والقول بصحة الإتفاق فى الحالتين .

(1) لممارسة هى : عملية البيع أو شراء بدون مزايمة ولا منقصة . يراجع : المعجم الوسيط 901 .

(2) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 62 ، الوسيط د / السنيورى 10 / 840 ، 841 . التأمينات

الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 373 ، 374 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى

وأيضاً المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صرحت بجوازه بعد إستحقاق  
لدين أو قسط منه ، لأن البيع دون إجراءات يؤدى إلى تملك العقار المرهون ، ففى  
الأول يعتبر التملك وفاء بمقابل ، وفى الثانى - البيع دون إجراءات - يتضمن  
وكالة بالبيع صادرة من الراهن لصالح المرتهن عند عدم الوفاء بالدين<sup>(1)</sup>.

إن الرهن كما قلنا من خصائصه أنه حقاً عينياً تبعياً حيث يخول الدائن المرتهن  
سلطة التنفيذ على العقار استيفاءً لحقه المضمون بالرهن ، وتمارس هذه السلطة فى  
مواجهة الراهن سواء كان هو المدين ، أو شخصاً آخر قدم عقاره ضماناً لدين  
المدين - أى كفيلاً عينياً فحق الدائن المرتهن متعلق بالعقار المرهون ، فإذا ما كان  
فى ملك الراهن فالدائن المرتهن يباشر سلطة التنفيذ عليه فى موجهته وليس فى  
حاجة إلى تتبعه .

أما إذا خرج العقار المرهون عن حيازة الراهن إلى حيازة الغير فالمرتهن يتبعه  
فى أى يد يكون<sup>(2)</sup>، وهذا ما نص عليه المشرع الوضعى فى المادة 1030 من  
القانون المدنى ، ثم جاءت المادة 1060 مدنى لتفصل مضمون حق التتبع بقولها :  
" 1 - يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى  
يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يظهر العقار  
من الرهن أو يتخلى عنه .

2 - يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية  
هذا العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً  
مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن " <sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 62 ، الوسيط د / السنهورى 10 / 424 وما بعدها  
التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 245 ، 246 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى  
278 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 373 ، 374 .

(2) يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 93 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر الطمار 121  
الوسيط د / السنهورى 10 / 521 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 462 لتأمينات  
الشخصية والعينية د / محمود زكى 295 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 264 - 265 .

من خلال هذا النص يتضح أنه لا مجال لميزة التتبع طالما أن العقار المرهون موجود في ملكية الراهن ، حيث بإمكان المرتهن التنفيذ عليه بما له من حق الضمان العام على كافة أمواله ، ولكن قد يحدث أن يتصرف الراهن في العقار ويخرج عن ملكه إلى غيره ، كمشتتر للعقار ، فلا يستطيع الدائن أن ينفذ على العقار في مواجهة المدين ، لأنه لم يعد مملوكا له . ولما كان المتصرف إليه ليس مسئولاً شخصياً عن الدين ، فلا يتمتع الدائن قبله بحق الضمان العام ، ولا يتسنى له أن ينفذ على هذا العقار في مواجهة المتصرف إليه حائزه إلا باستعمال ما يخوله حق الرهن من ميزة التتبع <sup>(2)</sup> .

فالدائن المرتهن الذي يباشر التتبع يجب أن يكون دينه قد حل ، وأن يكون الرهن تم قيده قبل تسجيل سند الحائز .

والحائز هو : كل من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بأي سبب من الأسباب ، أو جزء منه أو حق عيني عليه جائز رهنه وقابل للبيع بالمزاد العلني ، دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، وتنتقل إليه الملكية للعقار مثقلة بالرهن .

ويستطيع الدائن أن يتبعه وينفذ عليه فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية إلا إذا اختار دفع الدين أو تطهير العقار أو تخلى عن المرهون .

(1) اراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكي 286 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تادغو 264 ، الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسني 445/4 طعن 288 لسنة 22 جلسة 3/8 / 1956 م ص 301 طعن 1149 لسنة 49 ق جلسة 11/28 / 1986م .

(2) اراجع : الوسيط د / السنهوري 522 / 10 - 524 ، التأمينات العينية د عبد الناصر العطار 121 - 123 ، 248 . التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 463 - 472 ، التأمينات الشخصية د / سمير تادغو 272 . قواعد التنفيذ الجبري د / عزمي عبد الفتاح 569 - 570 مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1496 لسنة 57 ق نقض مدني جلسة 5/31 / 1992 . طعن 75 لسنة 40 ق جلسة 11/24 / 1983م .

ولا يعد حائزاً من انتقل إليه حق عيني ثبعى أو أصلى لا يجوز بيعه كحق ارتفاق أو رهن حيازة بل تتخذ الإجراءات فى مواجهة الراهن ، فالمالك الجديد للشيء المرهون رهن حيازة لا يعتبر حائزاً ، وليس له أن يطهر العقار ولا أن يتخلى عنه كما هو الحال فى العقار المرهون رسمياً ، وليس له إلا دفع الدين أو تحمل إجراءات التنفيذ على المرهون ..

وكذلك لا يعتبر حائزاً المستأجر ، لأنه لم ينتقل إليه الملكية ، وواضع اليد ، ما لم يكسب الملكية بالتقادم وأن يكون الحائز غير مسئول عن الدين كالمدين المتضامن والكنيل الشخصى والكفول العيى ، ولـه التخلية ، لأنه غير مسئول عن الدين إلا فى حدود العقار المرهون وكذلك الوارث ليس بحائز .

ومن انتقلت إليه الملكية مطهرة من كل رهن ، كنزع الملكية للمنفعة العامة ، فليس للمرتهن تتبعه فى يد الحكومة ، وإنما ينصب حقه على التعويض .

فإذا ما كنا بصدد حائز للعقار غير المدين الراهن فالدائن له تتبعه والتنفيذ عليه وهذا التنفيذ يخضع لإجراءات معينة الغرض منها مراعاة وجود الحائز الذى يمنحه القانون بعض الحقوق فى مواجهة الدائن المرتهن .

وفى ذلك تنص المادة 1072 من القانون المبنى على أنه :

[ إذا لم يختَر الحائز سداد بعض الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى موجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين للمستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد ] .

ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع الوضعي أوجب على الدائن إتخاذ إجراءات:

أحدهما : التنبيه على المدين بالوفاء بالدين ، ويسمى هذا التنبيه بالتنبيه بنزع ملكية العقار ، لأن المدين هو المسئول الأول والأخير عن الدين ، ويجب إخطاره بالشروع فى التنفيذ ويعن هذا التنبيه إلى المدين لشخصه أو فى موطنه ، ويقصد المشرع الوضعي من هذا التنبيه إعداره بالوفاء وإلا فليسوف يسجل التنبيه ويبيع العقار جبرا ويرجع الحائز على المدين بعد ذلك<sup>(1)</sup>.

الثانى : إنذار الحائز بدفع الدين المستحق إنذارا رسميا تاليا للتنبيه على المدين أو معه أو ورقة واحدة من صورتين ، أحدهما للمدين والأخرى للحائز ، ويسجل إنذار الحائز ، أو تخليه عن العقار المرهون ، وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته ، ولو تعدد الحائزون فيكفى إنذار الأخير منهم وقضت محكمة النقض أنه إذا تخلف ذلك أدى إلى بطلان إجراءات نزع الملكية<sup>(2)</sup>.

إلا أن الحائز يمكنه أن يتقاضى التنفيذ على العقار ويبيعه بالمزاد بما هيأه المشرع الوضعي له من خيارات يستطيع أن يحدد موقفه وفقا لها :

1 - قضاء الدين هو وملحقاته من فوائد ومصاريف ويصبح العقار خالصا من الرهن .

2 - تطهير العقار: أى يعرض الحائز مبلغا يمثل قيمة العقار المرهون ليصبح العقار خالصا من الرهن ويقع حق الدائن على ثمنه .

---

(1) إراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 124 ، الوسيط د / السهورى 10 / 525 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 125 ، 126 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 473 وما بعدها .

(2) تأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 292 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1496 سنة 57 ق نقض منى جلسة 1992 / 5 / 31م .

3 - تخلية العقار المرهون أى تركه لأمين أو حارس تعينه المحكمة تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويبقى للحائز الحيازة القانونية وإنما ترفع عنه اليد العارضة .

والتخلية رخصة للحائز إذا لم ير فى قضاء الدين أو التطهير نفعاً له ، فهو يقدر أن مصلحته فى نزع الملكية ويريد ألا يظهر اسمه فى إجراءات نزع الملكية حتى لا تمس سمعته المالية والائتمانية<sup>(1)</sup>.

فإن أبى الحائز ولم يختر دفع الدين أو تطهير العقار ، أو تخلية العقار ، فلا مناص من اتخاذ إجراءات التنفيذ قبله إصعاباً لحق الدائن فى التمتع .

وهذه الإجراءات تبدأ من وضع العقار تحت يد القضاء ، وإعداد العقار ، والتمهيد للبيع ، ثم البيع<sup>(2)</sup> تودى إلى بيع العقار بالمزاد العلنى جبراً عن المدين - الراهن - وفى ذلك تملك للموتهن لدينه من ثمن المرهون جبراً عن راهنه .

## 2 - أما إذا كان المرهون منقولاً :

فالأصل أن دعوى الرهن لا تخول المرتهن سوى إتخاذ إجراءات التنفيذ على المال المرهون وفقاً لقانون المرافعات ، لاستيفاء حقه من ثمنه ، إلا أن المشرع للوضعى أجاز استثناء فى رهن المنقول للدائن المرتهن عند عدم الوفاء بحقه وقت حلول الأجل أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى السوق .

ولعل الحكمة فى ذلك هى: للتيسير على المرتهن وتجنبه إجراءات البيع الجبرى، وفيه فائدة للراهن أيضاً وهى : تقادى نفقات التنفيذ الجبرى .

---

(1) يراجع : التأمينات العينية د/ عبد الفاصر الطار 127 - 147 . التأمينات الشخصية والعينية

د/ سمير تداغ 275 - 307 ، التأمينات الشخصية والعينية د/ رمضان أبو السعود 475 - 539 .

(2) يراجع : قوة تنفيذ الجبرى د/ عزمى عبد الفتاح 563 - 682 ، اللجوء فى التنفيذ الجبرى

د/ عبد تحكم شرف 447 - 482 .

بل أجاز المشرع الوضعي أيضا للمرتهن أن يطلب من القاضى أن يأمر بتملكه إياه وفاء للدين على أن يحسب بثمنه أو بقيمته حسب تقدير الخبراء .

ولا يعتبر هذا مخالفا لقاعدة بطلان الاتفاق على أن يملك المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا الشيء المرهون عند عدم الوفاء بالدين كما نصت على ذلك " المادة 1052 مدنى " .

لأن المقصود بالبطلان الإتفاق على ذلك وقت إنشاء الرهن أما عند حلول الأجل فالإتفاق صحيح وإذن القاضى يقوم مقام الاتفاق<sup>(1)</sup> .

وفى ذلك تنص " المادة 1121 من القانون المدنى بقولها " :

- 1 - يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .
- 2 - ويجوز له أيضا أن يطلب من القاضى أن يأمر بتملكه الشيء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء " .

فالدائن المضمون بالرهن إذا حل أجله ، والدائن المرتهن لم يستوف حقه فإنه يسعى لاستيفاء هذا الدين ، ولو يبيع المنقول المرهون رهناً حيازياً جبراً عن الراهن دون رضا فأجاز له المشرع الوضعي أن يطلب من القاضى الترخيص له فى تملك المرهون المنقول دون رضا الراهن وفاء لدينه ، وبحسب تقدير الخبراء وقت البيع ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء فى صورته المحللة حيث يجوز بعد حلول أجل الدين بشرط رضا الراهن فى العقار أما فى المنقول فلا يشترط الرضا من الراهن بل يكفى الترخيص له أو الإذن فى التملك حيث يقوم الإذن مقام الرضا .

كما أباح المشرع الوضعي للمرتهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى البيع بالمزاد أو بسعره فى البورصة أو فى السوق ، وهذه الإجراءات تختلف عن

---

(1) ارجع : التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 424 - 425 ، التأمينات الشخصية والعينية

د/ سمير تناهو 398 - 399 .



إجراءات التنفيذ الجبرى على العقار ، وهذا الحكم قصد به التيسير على الدائن المرتهن فى استيفاء حقه دون إتخاذ إجراءات أو صرف نفقات التنفيذ الجبرى المنصوص عليها فى قانون المرافعات .  
وبذلك يتملك الدائن المرتهن المنقول المرهون عند عدم الوفاء بأمر القاضى ويدون رضا الراهن <sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع / مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 262 ، الوسيط د / السنهورى 10 / 899 وما بعدها  
للتأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 243 ، 244 ، التأمينات الشخصية والعينية د/ محمود جمال  
الدين زكى 424 - 425 .



## الضرع الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا عن الراهن

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا عن الراهن وضوابط الاستيفاء يتضح لى ما يأتى :

1 - لقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من ضرورة الوفاء بالدين كله حتى ينفك الرهن ويعود إلى راهنه ، فإذا ما قضى بعض الدين فلا ينفك الرهن حتى يوفى الدين كله ، وإذا اتفق الراهن والمرتهن على أنه يفك من الرهن بقدر ما أدى فأجاز ذلك القانون للوضعى وهو فى هذا وافق بعض الإمامية والإباضية إذا كان للرهن يقبل التجزئة بدون ضرر .

2 - وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من حبس المرهون والتفديذ للمرتهن بحقه على المرهون .

3 - لقد اتفق القانون الوضعى مع لفقه الإسلامى فى أن للمرتهن الحق فى التفديذ على المرهون بحقه سواء كان بالاتفاق مع الراهن أو بالرفع إلى القاضى .

فلو شرط التملك عند عدم الوفاء أو البيع عند الأجل فالشرط فاسد عند الفقه الإسلامى لقوله - صلى الله عليه وسلم - ( لا يخلق الرهن ... ) وكذلك عند الفقه القانونى لو شرط التملك أو البيع دون إجراءات فيقع باطل إذا تم قبل حلول أجل الدين .

ولو أذن الراهن للمرتهن فى البيع بعد حلول أجل الدين جاز ذلك عند الفقه الإسلامى.

4 - وافق الفقه القانونى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين حيث أجازوا بعد حلول الدين أن يملك المرهون أو أن يبيع دون إجراءات إذا اتفق الراهن والمرتهن على ذلك .

وإذا لم يأذن في البيع للمرتهن فإن القاضى يبيع جبرا عنه للوفاء بدينه عند الفقه الإسلامى والقانون الوضعى أجاز للدائن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى البيع أو التملك إذا كان منقولا ، لأن الترخيص أو الإذن يقوم مقام الرضا من الراهن كما أن القاضى يقوم مقام المدين فى الوفاء بالدين ببيع ماله جبرا عنه . وبهذا وافق الفقه القانونى ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن إذن القاضى للمرتهن يقوم مقام رضا الراهن إلا أن القانونيين منعوا بيع العقار إلا بواسطة القضاء ما لم يتفق الراهن والمرتهن على ذلك ، لأن العقار يحتاج إلى إجراءات معينة ، ولقد نظم القانون الوضعى بعض الإجراءات الخاصة ببيع المرهون بهدف أن يصل بثمنه إلى أقصى حد ممكن فلذلك كان موقف القانون الوضعى موافقا لما ذهب إليه الفقه الإسلامى من كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا عن الراهن ، وأن الرهن لا ينفك إلا بالوفاء بالدين أو البيع للمرهون<sup>(1)</sup>.

---

(1) يرجع : التأمينات المعينة د / عبد الناصر المطر 259 .

## **المبحث الثالث**

### **بيع الأشياء المحكّرة جبراً على محكّريها**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الإحتكار وبيان حكمه .

المطلب الثاني : شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحكّرة جبراً على محكّريها .

### **المطلب الأول**

#### **تعريف الإحتكار وبيان حكمه**

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف الإحتكار وبيان حكمه في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : تعريف الإحتكار وبيان حكمه في القانون الوضعي .

الفرع الثالث : للموازنة بين مواقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من تعريف الإحتكار وبيان حكمه .

### **الفرع الأول**

#### **تعريف الإحتكار وبيان حكمه في الفقه الإسلامي**

أولاً : تعريف الإحتكار :

الإحتكار لغة : مصدر من احتكرت الشيء إذا جمعته وحبسته ، وصاحبه محكر والحر : للظلم . ويقال : حكر يحكره حكراً : أي ظلمه وأساء معاشرته ، وحكره حكراً : ظلمه وتقصصه وأساء معاشرته ، فهو حكرا ، والسلع : جمعها لينفرد بالتصرف فيها وحكره : خاصمه .

والجكر: كل ما احتكر ، والحكرة: الإحتكار: واحتكر السلعة: حكرها ، واحتكر: احتبس إنتظار الغلاء ، وأصل الحكرة : الجمع والإمساك . وإحتكار الطعام: جمعه وحبسه بتريص به الغلاء (1) .

#### الإحتكار شرعا :

يكاد يكون تعريف الإحتكار شرعا هو نفس تعريفه اللغوي ومع ذلك لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد للإحتكار ، وسبب ذلك يرجع إلى إختلافهم فى شروطه والأحكام المتعلقة به، وإن كانت تعاريفهم له متقاربة فى اللفظ والمعنى .  
فعره الأحناف بأنه : حبس الأتوات متريصا للغلاء (2).

وقيل : اشتراء الطعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء أو يمتنع من بيعه (3).

وعرفه المالكية بأنه : الإنخار (4) للبيع وطلب للريح بتقلب الأسواق (5).

وعرفه الشافعية بأنه : إمساك ما اشتراه وقت الغلاء ليبيعه بأكثر مما اشتراه أو يتحكم فى رفع السعر لقلّة المعروض أو انعدامه (6).

---

(1) يراجع : القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى 2 / 13 ، فصل الحاء باب الرأه

مختار الصحاح 86 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 65 ، المصباح المنير 90 ، المعجم الوسيط 211

(2) يراجع : شرح العناية على الهدية للبارنى بهامش تكملة شرح فتح القدير 10 / 58 ، حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 5 / 278 ، بدائع الصنائع للكلىانى 5 / 192 .

(3) يراجع : للفتاوى الهندية لأبى المظفر محى الدين محمد لورنك 3 / 213 ط : دار إحياء التراث العربى .

(4) الإنخار : الإحتفاظ بجزء من الدخل للمستقبل ، يقال : دخر الشيء ، ودخره ذخرا : جمعه ، وحفظه لوقت الحاجة إليه . فما يدره الإنسان من قوت وما يحتاج إليه من سمن وعسل وغيره جائز لا بأس به .  
يرجع : المصباح المنير 126 ، المعجم الوسيط 298 ، المنتقى للبايجى 5 / 15 تكملة المجموع للمطيرى 13 / 46 .

(5) يراجع : المنتقى شرح موطأ مالك لأبى الوليد البايجى 5 / 15 ط : دار الكتاب العربى - بيروت.

(6) يراجع : تحفة المحتاج وحاشية الشروانى 4 / 317 ط : دار الفكر ، تكملة المجموع الثانية للشيخ محمد المطيرى 13 / 46 ، متى المحتاج 2 / 52 .

وقال الإمام الغزالي<sup>(1)</sup> هو أن : " يخر الطعام ينتظر به الغلاء " <sup>(2)</sup> .  
وعرفه الحنابلة بأنه : ما يشتره من القوت للتجارة ويحبسه ليقل فيغلو <sup>(3)</sup> .  
وعرفه الظاهرية فقالوا : الإحتكار : شراء ما يضر بالناس أو إمساكه في وقت حاجتهم <sup>(2)</sup> .  
وعند الزيدية : أن يأخذ الطعام فيحبسه ليقل ويغلو <sup>(4)</sup> .  
وقال الإمام الشوكاني <sup>(4)</sup> الإحتكار : " حبس السلع عن البيع " <sup>(5)</sup> .  
وعرفه الإمامية بأنه : حبس الطعام أو الأقوات يترصد به الغلاء ، وقيل :  
إشتراء الطعام في وقت الغلاء ولا يبيعه في الحال بل يخره ليغلو ثمه <sup>(6)</sup> .

---

(1) الغزالي هو : أحمد حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي الغزالي حجة الإسلام وأصمريه الزمان ، ولد سنة 450 هـ ، كان ولده يغزل الصوف ويبيعه في بلده ، جمع أثنان العلوم ، فقه في بلده ، ورحل إلى نيسابور ، وبرع في الفقه والكلام والجدل ، لازم إمام الحرمين للجويني ، أخذ عن أحمد الرازكائي ، وإلى نصر الإسماعيلي ، وتلمذ على يديه خلق كثير ، صاحب التصانيف والذكاء والمفرط ألف كتباً كثيرة منها : إحياء علوم الدين ، والوجيز ، والوسيط ، والفلاحة ، والمنقول ، وغيرهم كثير ، توفي سنة 505 هـ بطوس - رحمه الله تعالى .

يراجع : سير أعلام النبلاء 322 / 19 وما بعدها رقم 204 ، البداية والنهاية 12 / 173 وما بعدها .

(2) يراجع : إحياء علوم الدين 2 / 113 ط : دار المنار - مكتبة فياض .

(3) يراجع : الإصناف 4 / 338 ط : دار إحياء التراث العربي ، كتشاف القناع 3 / 187 .

(4) يراجع : المحلى لأين حزم الظاهري 7 / 572 مسألة رقم 1568 ط : دار الفكر .

(5) يراجع : البحر الزخار 4 / 319 ، الفروض للتصنيف 3 / 307 ، سبل السلام 3 / 48 .

(6) الشوكاني هو : محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعاني ولد عام 1172 هـ في بلدة هجرة شوكان وبـ نـ بـ قرية من صنعاء ، نشأ بصنعاء وتفرغ لطلب العلم ، وتلقاه عن يد والده ، وعبد الرحمن بن دسه ، ثم انتقل إلى محمد الحراري ، وغيرهم . وأخذ عنه العلم ابنه علي وحسين الأنصاري اليمني ، والإمام محمد الحازمي ، وغيرهم ، وتلقاه على مذهب الإمام زيد بن علي وبرع فيه . وله تصانيف كثيرة في فنون عديدة ، منها : السبل الجرار ، ونيل الأوضار ، وأنبأ الطلب وغيرهم . وتوفي رحمه الله تعالى سنة 1250 هـ .

يراجع : الأعلام لخير الدين الزركلي 6 / 298 .

وعرفه الإباضية بأنه : شراء مقيم لشئ من سوق أو غيره بالدنانير أو غيرها  
ينتظر به الغلاء<sup>(1)</sup>.

نظرة في تعريف الإحتكار عند الفقهاء :

بالنظر في التعاريف المتقدمة للإحتكار لوحظ ما يلي :

- 1 - أكثر هذه التعاريف حصرت الإحتكار في مجال الأقوات فقط .
- 2 - لقد أظهرت هذه التعاريف وبينت أن الإحتكار حبس السلعة لانتظار الغلاء  
فلذا : إمساك السلعة بغير قصد الغلاء لا يعد إحتكارا .
- 3 - هذه التعاريف حصرت الإحتكار في الشراء وقت الأزمات ووقت غلو الأسعار  
أما الشراء في غير هذا الوقت - أى في وقت الرخاء - ليس بإحتكار .
- 4 - هذه التعاريف وإن كانت تدل على مفهوم الإحتكار في العصور السابقة حيث  
كان الغالب أنه يجرى في الطعام أو الأقوات نظرا لقلة وبساطة تكاليف الحياة  
ومتطلبات المعيشة في تلك العصور .

إلا أنها قد لا تنفي بالغرض من مفهوم الإحتكار في العصر الحديث - الحاضر -  
حيث اتسع مفهومه وأصبح له طرقا متشعبة ومتزايدة الأطراف .  
فنحن نعيش في زمن أو عصر أوحث للشياطين فيه إلى أوليائها زخرفا من  
الأموال والأفعال ، حيث امتد تيار الإحتكار ليهيمن على شتى مجالات الحياة بما  
فيها من أقوات وأعمال ومناقص وخدمات ، فنظرنا للتطورات والتغيرات التي طرأت  
على الإحتكار في هذا العصر ، فلقد عرفه بعض الأساتذة المعاصرين بأنه : إفراد  
شخص أو هيئة بإنتاج أو بيع سلعة معينة ليس لها بديل ، أو هو السيطرة على  
عرض وطلب السلعة بقصد تحقيق أقصى قدر من الربح<sup>(2)</sup>.

---

(1) يرجع : السيل الجرار المتفق على حلق الأرز 3/ 79 ، نيل الأوطار 5 / 262 .

(2) يرجع : رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل للطباطبائي 101/5 ، ط دار الهادي - بيروت  
الروضة لندية 2 / 103 ط : مكتبة دار التراث ، المختصر النافع للطي 120 ط : دار الكتاب العربي -  
مصر .



وعرفه آخرون بأنه : حبس ما يحتاج إليه من مال أو منفعة أو عمل والإمتناع عن بيعه وبذله<sup>(1)</sup> حتى يلغو سعره غلاما فاحشا غير معتاد بسب قلته أو إعدام وجوده مع حاجة الإنسان أو للحيوان أو للدولة إليه<sup>(2)</sup>.

ويستفاد من التعاريف السابقة للإحتكار ما يلي :

أ - أن حبس كل ما يحتاج إليه الناس مطلقا سواء كان ذلك لأنفسهم أو لدوابهم أو لزراعتهم من طعام أو غيره ، ويكون في منعه منهم إضرارا بهم وهو ليس في حاجة إليه فإن هذا يعد إحتكارا .

فلذا يشمل الإحتكار الأغنية ، والثياب ، والمنافع للنور والأراضي ، والأدوية ، ومواد الإنتاج الزراعي والصناعي ، كالأسمدة والمحرثات ، وكذا خبرات العمال وأهل الحرف والمهن والصناعات ، إذا كان يحتاج إلى مثل تلك السلع والمنافع والخدمات والمحاصيل الزراعية والمنسوجات والأمنحة وما أشبه ذلك ، إذا بلغت حاجة الناس للبلاد إلى ذلك حماية لأنفسهم ولوطنهم .

ب - لو احتسبت شركة أو هيئة أو مؤسسة سلعة معينة وامتنعت عن بيعها للناس فإنها تكون محتكرة .

ج - لم تفرق التعاريف بين ما إذا كانت الأموال المحتكرة مطلوبة<sup>(1)</sup> - أي مستوردة من الخارج ، أو موجودة في المدينة وحسبت ، أو كانت مستغلة من الأرض مادامت فائضة عن قوت الإنسان وما يعوله .

د - شملت هذه التعاريف كل ما أضر بالإنسان أو الحيوان أو الدولة حبسه ، لأن ذلك من مميزات الشريعة الإسلامية التي شملت أحكامها الفرق بالحيوان لقوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - (في كل ذات كبد رطبة أجر)<sup>(2)</sup>.

---

(1) . يراجع : شرح كتاب النزل وشفاء المايل 8 / 175 .

(2) . الجلب : ما جلب من ليل وغنم ومتاع للتجارة ، يقال : جلب الشيء جلبا وجلبا : ساقا من موضع إلى موضع آخر فهو جالب .

فإذا ما احتاج الناس إلى هذه السلع والمنافع ، فيجبر هؤلاء المالكون لها على بذل ما لديهم رعاية لحق الجماعة ، وذلك بدفع الضرر عنهم في مثل هذه الظروف ، أما إذا لم يكن محتاجا إليها وليس فيه ضرر كما إذا غلا السعر وارتفع ولم يصب الناس ضرر نظرا لتغير الأسواق ونقلها ، فالاحتباس مباح ، لأنه تصرف في حق الملكية ، ولم يضر بغيره ، لأن علة الاحتكار هي الحاجة ، ورفع الضرر عن الجماعة<sup>(1)</sup>.

## ثانيا : حكم الإحتكار :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الإحتكار غير مشروع .

ولكنهم اختلفوا في عدم المشروعية هل يرجع إلى التحريم<sup>(2)</sup> أو الكراهة<sup>(3)</sup> ، وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء " الكسائي<sup>(1)</sup> ومحمد بن الحسن من الحنفية والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، وبعض الإمامية ، والإباضية " إلى أن الإحتكار حرام<sup>(2)</sup> .

- تراجع : المصباح المنير 66 ، المعجم الوسيط 149 ، المعجم الوجيز 109 .

(1) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه كتاب السلام باب فضل سقي البهائم 375/14 - باب 153 ح / 2244 ، والشوكاني في نيل الأوطار باب نفقة البهائم 7 / 7 ح 2993 ، وابن ماجه في سننه بلفظ قريب في كتاب الأئب باب فضل صققة الماء 2 / 1215 ح / 3686 ، أحمد في المسند 4 / 175 .

(2) تراجع : بحوث في البيع د / علي مرعي 1 / 108 ، 109 ، بحوث فقهية معاصرة د / محمد الأشقر 2 / 463 - 464 ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي د / محمد فتحي الدريني 1 / 447 - 448 .

(3) التحريم : الحرام ، والحرام لغة : الممنوع من فعله . واصطلاحا : اسم المصيبة لله تعالى ، وما يذم شرعا فاعله ، ويمدح تاركه ، ويقال له : المصيبة ، والذنب ، والقيح ، والمتوعد عليه .

تراجع : المصباح المنير 82 ، الأحكام في أصول الأحكام للأمدى 86/1 ط : مطبعة محمد علي صبيح ، الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي 59/1 ط : مكتبة الكليات الأزهرية ، منهاج الوصول في علم الأصول للببضولي 47/1 ط : محمد علي صبيح ، مطبوع مع نهاية السؤل ، نهاية السؤل شرح الأسنوي 1 / 48 ط : محمد علي صبيح .

القول الثاني : ذهب إليه " جمهور الحنفية وبعض الإمامية " .

أن الإحتكار مكروه كراهة تحريمية<sup>(3)</sup>.

سبب الاختلاف :

يرجع سبب الاختلاف إلى إختلاف الفقهاء فى ثبوت التحريم بالأحاديث الأحاد<sup>(4)</sup> وتعارض الأدلة والآثار الواردة فى ذلك .

الأدلة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء أصحاب القول الأول على أن الإحتكار حرام بأدلة كثيرة من السنة والآثار والمعقول منها :

(1) للمكررة لغة : مأخوذ من كره الشيء كرهما وكراهة : خلاف أحبه ، وهو ما تعافه النفس وترغب عنه واصطلاحاً : ما يمدح تاركه ولا ينم فعله ، ويقال بالإشتراك بين أمور ثلاثة : على ما نهى عنه نهى تنزيه وهو الذى أشعر فاعله أن تركه خير من فعله ، وعلى ترك الأولى ، كترك صلاة الضمى ، وعلى المحظور أى المحرم الذى يمدح تاركه وينم فاعله .

يراجع : لسان العرب لابن منظور 5/ 3865 باب الهاء فصل للكاف ، المصباح المنير 316 منهاج الوصول للبيضاوى 1/ 48 ، إرشاد القبول للشوكاني 1/ 51، 52 ط : دار السلام .

(2) للكاساني : هو محمد بن برهان الدين بن مسعود بن أحمد علاء الدين أبو بكر الكاساني ملك العلماء وتاج الفقهاء ، كان إماماً فاضلاً وشيخاً كاملاً فى الفروع والأصول والحديث عالماً بنصوص الشريعة ، أخذ عن نجم الدين عمر النسفى ، وتلقه عليه : أشرف بن نجيب بن محمد أبو الفضل الكاساني ، صاحب كتاب بدائع الصنائع وهو كتاب مشهور بين العلماء على إختلاف مذاهبهم وتوفى " رحمه الله تعالى " سنة 578 هـ . يراجع : الفوائد البهية 162 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 193 ، تكملة شرح فتح القدير 10/ 58 ، تبیین الحقائق وحاشية الشلبى 6/ 27 ، المنقى للباغى 5/ 15 ، المعونة على مذهب عالم المدينة 2/ 160 ، مغنى المحتاج 2/ 52 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 13/ 46 ، كشف القناع 3/ 187 ، المغنى 4/ 46 ، ط : دار الكتاب العربى ، الفروع 4/ 53 ، المحلى 7/ 572 ، البحر الزخار 4/ 319 ، السيل للجرار 3/ 80 ، الروض للنضير 3/ 308 ، رياض المسائل 5/ 101 ، المختصر لنافع 120 فقه الإمام جعفر 3/ 141 شرح كتاب النيل 8/ 166 .

(4) يراجع : الهداية شرح البداية 4/ 205 . بدائع الصنائع 5/ 192 ، تبیین الحقائق وحاشية الشلبى 6/ 27 ، شرائع الإسلام 2/ 21 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3/ 141 وما بعدها .

## من السنة :

- 1 - ما روى معمر بن عبد الله <sup>(1)</sup> أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " لا يحتكر إلا خاطئ " ، وفي رواية : " من احتكر فهو خاطئ " <sup>(2)</sup>.
- 2 - ما روى عن أبي هريرة ( رضى الله عنه ) قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ " <sup>(3)</sup>.
- 3 - ما روى عن عمر بن الخطاب ( رضى الله عنه ) قال : سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : " من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام <sup>(1)</sup> والإقلاص " <sup>(2)</sup>.

---

(1) الحديث الأحاد : هو ما يفيد الظن أو ظن صدقه أو الذى لا يعلم صدقه ولا كذبه . أو هو ما ليس بمواتر سواء كان مستفيضاً وهو الذى زانت روايته على ثلاثة كما جزم به الأمدى وابن الحاجب ، أو غير مستفيض وهو ما رواه الثلاثة أو أقل ويجب العمل به عند الجمهور . راجع : نهاية السؤل شرح الأسنوي 2 / 231 ، إرشاد الفحول 1 / 173 ، الكنز النقيص فى معلم مصطلح الحديث : د / حسن عوجة 35 ط : 1404 هـ .

(2) معمر هو : معمر بن عبد الله بن فضالة الحنولى بن كعب بن لؤى القرشى يلتقى مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فى جده كعب أسلم قديما ، وهاجر الهجرة الثانية إلى الحبشة ، وقدم المدينة عام خير ، وعاش عمرا طويلا ، قيل : أنه هو الذى خلق شعر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فى حجة الوداع - روى مسجعة لأحاديث ، وروى الإمام مسلم منها ولحد " وهو لا يحتكر إلا خاطئ " وروى عنه سعيد بن المسيب وغيره من الصحابة .

يراجع : أسد الغلبة فى معرفة الصحابة 5 / 236 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 410 - 411 .

(3) الحديث أخرجه مسلم فى كتاب المساقاة باب تحريم الإحتكار 11 / 221 باب 129 / ح 1605 والترمذى فى كتاب البيوع ، باب ما جاء فى الإحتكار 3 / 567 ح 1267 ط : دار إحياء التراث العربى ، وأبو داود فى الأجارات باب النهى عن الحكرة 3 / 269 ح 3447 ، ابن ماجة فى التجارات 2 / 728 ح 2154 ويراجع : الإحسان بترتيب صحيح بن حبان 7 / 215 ح 4915 ط : دار الكتب العلمية - بيروت سنن الدارمى 2 / 249 ط : دار الكتب العلمية - بيروت . مسند الإمام أحمد 6 / 400 ط : دار صادر - بيروت ، قال أبو عيسى حديث معمر حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم .

4 - ما روى عن معقل بن يسار <sup>(4)</sup> (رضى الله عنه) قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " من نخل في شيء من أَسْعار المسلمين ليغنيه عليهم كان حفا على الله أن يقعده بعظم ( أى بمكان عظيم ) من النار يوم القيامة" <sup>(5)</sup>.

5 - ما روى عن عبد الله بن عمر <sup>(5)</sup> (رضى الله عنه) .  
 قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون" <sup>(6)</sup>.

(1) الحديث أخرجه أحمد في المسند 2 / 351 ، والبيهقي في سننه 6 / 30 ، والبيهقي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد 4 / 100 ، 101 ، ط : مكتبة القديس القافرة ، والشوكاني في نيل الأوطار 5 / 261 ح / 2282 والحديث في إسناده أبو مشر ، وهو ضعيف ، وقد وثق بعضهم .  
 (2) الجذام : علة تتأكل منها الأعضاء وتتساقط ، فالجذام يقطع اللحم ويستطه . يراجع : المصباح الملمير 61 ، المعجم الوسيط 134 .

(3) الحديث أخرجه أحمد في المسند 1 / 27 ، ابن ماجه في التجارات 2 / 728 ح / 2155 والشوكاني في نيل الأوطار 5 / 261 ح / 2283 ، والحديث إسناده صحيح ورجاله موقنون وقيل : إن في إسناده أبو يحيى المكي وهو مجهول .

(4) معقل هو : معقل بن يسار بن معير بن كعب بن عنقلى المزنى البصرى الصحابى ، شهيد بيعة الرضوان ، ونزل البصرة وإليه ينسب نهر معقل والتمر المعقلى بالبصرة ، روى عنه عمرو ابن ميمون والصن البصرى ، وروى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أربعة وثلاثين حديثاً اتفاقاً على حديث وانفرد البخارى بحديث ، ومسلم بحديثين ، توفى - رحمه الله تعالى - فى آخر خلافة معاوية ، وفيل أيام يزيد بالبصرة .

يراجع : أُنْد الغاية 5 / 232 - 233 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 309 - 410 .  
 (5) الحديث أخرجه أحمد في المسند 5 / 27 ، والبيهقي في سننه 6 / 30 ، والشوكاني في نيل الأوطار 5 / 260 ح / 2281 ، والبيهقي في مجمع الزوائد 4 / 101 ، وقال في مجمع الزوائد لم أجد من ترجم لزيد بن مرة وهو فيه ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

(6) عبد الله بن عمر هو : عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشى الحذرى المكي أبو عبد الرحمن . أَسلم قديماً وهو صغير مع أبيه ، ويروى أنه أول مولود فى الإسلام ، وهاجر مع أبيه إلى المدينة ، ودعا له النبي - صلى الله عليه وسلم - وقال عنه : إنه رجل صالح ، روى عنه بنوه ، سالم وحزمة ومولاه زيد ونافع . وعباء ، وغيرهم خلق كثير - توفى سنة 71هـ - رحمه الله تعالى .

6 - ما روى عن عبد الله بن عمر ( رضى الله عنه ) قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه <sup>(1)</sup>.

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث دلالة واضحة على حرمة الاحتكار وإن كان في بعضها ضعف إلا أن الأحاديث في مجموعها تنتهض للإستدلال على عدم جواز الإحتكار ، ولو فرض عدم ثبوت شيء منها في الصحيح . فكيف وحديث معمر المذكور في صحيح مسلم ، والتصريح بأن المحتكر خاطئ كاف في إفادة عدم الجواز ، لأن الخاطئ هو المذهب العاصي ، وأيضا المحتكر ملعون ، واللعن لا يكون إلا على محرم ، وفيها وعيد ، وكذلك لا يكون الوعيد إلا على محرم <sup>(2)</sup>.

من الآثار :

1- ما روى من قول عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - " لا حكرة في سوقنا.. لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونها علينا ولكن أيما جالب جلب على صود ظهره في الشتاء والصيف ، فذلك ضيف عمر فليبيع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله " <sup>(3)</sup>.

- يراجع : الإصابة 4 / 107 ط : دار صادر - بيروت ، لمد الغلبة 3 / 227 ، وفيات الأعيان 3 / 28 طبقات الفقهاء للشيرازي 49.

(1) الحديث : أخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات 2 / 728 ح : 2153 ، وقال فيه على بن زيد ابن جدعان وهو ضعيف ، والبيهقي في سننه 6 / 30 ، والدارمي في سننه 2 / 249 ، والشوكاني توطيئا في نيل الأوطار 5 / 261 .

(2) للحديث أخرجه أحمد في المسند 5 / 65 ، وابن حزم في المحلى 7 / 573 ، وقال في إسناده من هو مختلف فيه ، وقيل : في إسناده أصيب بن زيد وهو مجهول ، وقال غيره إنه معروف ، والبيهقي في مجمع الزوائد 4 / 100 ، وقال : في إسناده أبو بشر الأملوسي وضعفه ابن معين .

(3) يراجع : شرح النووي على صحيح مسلم 11 / 221 ، نيل الأوطار 5 / 261 ، سبل السلام للصنعاني 3 / 48 ، سنن ابن ماجه 2 / 728 ، بدائع الصنائع 5 / 193 ، تكملة المجموع للمطيعي 13 / 45 ، الروض النضير 3 / 307 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 142 ، 143 .

2- ما روى عن عثمان بن عفان - رضى الله عنه - أنه " كان ينهى عن الحكرة " (1).

3- ما روى عن علي بن أبي طالب (2) - رضى الله عنه - " أنه أحرق طعاماً احتكر بمائة ألف " (3).

وجه الدلالة من هذه الآثار :

تدل هذه الآثار الواردة من أقوال الصحابة - رضوان الله عليهم - وأفعالهم على تحريم الاحتكار ، فمنهم من نهى عنه ، ومنهم من قاموا فعلاً ، كيف لا وهم الذين عاصروا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكانوا أعلم للناس بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وأكثر من غيرهم على معرفة أحكامها .

فمن يملك ثروات وأموالاً كثيرة فائضة عن حاجته ويستخدمها في التأثير على السوق وتقلب الأسعار تضيقاً على المسلمين وإضراراً بهم ، وإحداثاً للأزمات ليستغل ذلك بالجنس لأنه في مركز إقتصادى قوى : فاحتكر خاطئ .

ولقد أصدر الخليفة عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أمره بمنع الاحتكار بقوله - لا حكرة فى سوقنا - لا يجرم الاحتكار فقط لما دلت عليه الأحاديث ، بل ليبين أيضاً من يبذل الجهد فى السفر ومتنقلته ليحصل على ما يجلبه من خارج

---

(1) الأثر أخرجه مالك فى الموطأ كتاب البيوع 2 / 34 ، باب 48 ، والبيهقى فى سننه 6 / 30 ، والباقي فى المنتقى 5 / 17 .

(2) على بن أبي طالب : أبو الحسن على بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولد قبل البعثة النبوية بـ 9 سنين ، نشأ مع النبي - صلى الله عليه وسلم - وصلى معه أول الناس ، ودعا له ، رابع للخلفاء الراشدين ، من أجل فقهاء الصحابة ، روى عنه بنوه الحسن والحسين ، وغيرهما ، بويح بالخلافة بعد مقتل عثمان رضى الله عنه ، ومات رحمة الله تعالى سنة 40 هـ . راجع : الإصابة 2 / 507 ، الأعلام 4 / 295 ، لمد الغاية 4 / 91 .

(3) الأثر أخرجه ابن حزم الظاهري فى المحلى 7 / 573 ، القدسي شرف الدين الحسين الصنعاني فى الروض النضر 3 / 307 ، والغزالي فى إحياء علوم الدين 2 / 113 .

البلاد ليوسع على الناس ويسد حاجتهم ، وبين الغنى للمقيم الذي لا يقوم بأى عمل سوى أن يتلاعب بأسعار السوق بفضل كثرة ماله القاتن<sup>(1)</sup>.

١ من المعقول :

1- الاحتكار فيه تضيق على الناس فى أرزاقهم وأقواتهم وسبل معيشتهم ، وفيه ظلم لهم يمنعهم من الحصول على ما يحتاجون إليه دون متاعب ومصاعب ، وفيه استغلال بشع لظروف الإنسان ، وإلحاق الضرر به ، والحرمة تنور مع الضرر ، فالاحتكار حرام لتوافر علة<sup>(2)</sup> الضرر فيه .

2- الاحتكار من باب الظلم ، لأن ما يباع فى المصر<sup>(3)</sup> قد تعلق به حق العامة فإذا ما امتنع للبائع عن البيع عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم ، ومنع الحق عن المستحق ظلم ، والظلم حرام .

3- الاحتكار فيه إهدار لحرية التجارة والصناعة وإتلاف لأبواب العمل أمام كثير من الأفراد ، وفيه قتل روح المنافسة المشروعة التى تؤدى إلى التفوق فى شتى المجالات<sup>(4)</sup>.

---

(1) يراجع : المنقى للباچى 5 / 17 ، المحلى 7 ، 573 ، السيل الجرار المتفق على حدائق الأزهار للشوكاني 3- / 81 ، بحث مقارنة فى الفقه الإسلامى د. / محمد فتحى الدرينى 1 / 461 هامش (3).

(2) العلة : لغة تعلق على الحجة والدليل ، يقال : علل الشيء : بين علته وألغته بالدليل ، والعلة من كل شيء - منببه ، وهى اسم لما يتغير الشيء بحصوله ، واصطلاحا : الوصف المعروف للحكم أو الوصف المؤثر فى الحكم بذاته : كقول الله تعالى ( أقم الصلاة لذورك الشمس ) وقوله - صلى الله عليه وسلم - إنما جعل الاستئذان لأجل البصر .

يراجع : لسان العرب 4 / 3079 ، باب اللام فصل العين ، المصباح المنير 253 ، نهاية السؤل 3 / 39 إرشاد الفحول للشوكاني 2 / 605 ، 606 .

(3) المصر : توعاء ، وتكررة الكبيرة تقام فيها الدور والأسواق والمدارس وغيرها من المرافق العلمية يراجع : المصباح المنير 341 ، المعجم الوسيط 911 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، تبیین الحقائق 6 / 27 . الفتاوى الهندية 3 / 213 - 214 المنقى 5 / 16 ، المعونة 2 / 60 ، معنى المحتاج 2 / 52 ، كشف القناع 3 / 187 . المحلى 7 / 572



## أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل جمهور الحنفية ومن وافقهم - أصحاب القول الثاني - على أن الإحتكار مكروه بما يلي :

1 - إن في الإحتكار أصلين تعارضاً <sup>(1)</sup> ويجب التوفيق بينهما ، لأن النهي إذا كان لأمر خارج مجاور أفاد الكراهة لا للتحريم .

أحدهما : حل البيع والشراء بمقتضى حق الملكية أو حرية التملك بناءً على أصل الحل العام . لأن الناس مسيطرون على أموالهم .

الثاني : النهي عن الإضرار حديث روي أبو سعيد الخدري رضى الله عنه " أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال " لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه " <sup>(2)</sup> فالنهي ليس لذات الإحتكار ، بل لعارض مجاور منكف هو الضرر الذي ينشأ عن الإحتكار ، وقد ينفك عنه ، لأنه قد يتم البيع والشراء دون إلحاق ضرر بالغير فلا تلازم ولا يتسرب النهي إلى أصل الفعل ، فلشبهة الحل في التصرف لا يقال بالتحريم بل بالكراهة التحريمية .

2 - التحريم ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ، والأحاديث الواردة في الإحتكار أحاد لا تقيد إلا الظن ، والتحريم لابد أن يكون لازماً لذات الفعل ولا ينفك عنه ، أو

---

= البحر الزخار 4 / 319 ، السيل الجرار 3 / 80 ، النيل 8 / 175 ، إحياء علوم الدين 2 / 113 ، إعلام الموقعين 3 / 148 ، بحوث فقهية معاصرة د / محمد الأشقر 2 / 474 .

(1) المتعارض : لغة مصدر تعارض ، فيقال : عارض الشيء بالشيء ، قلباً به ، وعاضته : فعلت مثله ، وتعارض : قابل أحدهما الآخر ، أي كان الكلام المتعارض يقف بعضه في عرض بعض أي ناحيته فيمنع من النفوذ حيث وجه . واصطلاحاً : تعارض الأمرين وتقبلهما على وجه يمنع كل واحد منهما مقتضى صاحبه . وقيل ، تقابل الدليلين على سبيل الممانعة . يرجع : المصباح المنير 240 ، 241 المعجم الوسيط 622 - 624 ، نهاية السؤل 2 / 207 ، إرشاد القحول 2 / 777 778 .

لأمر لازم له بدليل قطعي لا شبهة فيه ، وكل ذلك لم يتوفر في الإحتكار فهو مكروه<sup>(1)</sup>.

#### مناقشة أدلة الحنفية :

نلقن جمهور الفقهاء ما استدل به جمهور الحنفية بما يلي :

1- القول بأن النهي إذا كان لأمر خارج مجاور ينفك لا يفيد التحريم هذا غير متفق عليه عند الجمهور ، بل يصح الإحتجاج به عند غير الأحناف .

وموضوع المسألة هو الضرر العام ، وقد تضافرت الأدلة المقطوع بها على تحريمه لقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا ضرر ولا ضرار " ، ولقد قامت الأدلة بدفع الضرر العام لأن دفعه مصلحة حقيقية مؤكدة ، والمصلحة العامة مقدمة بالإجماع ، وكل ما كان سببا في إحدائ ضرر عام محرم قطعاً .

2 - هذه الأحاديث وإن كانت آحاد إلا أن مفادها : أن الإحتكار كبيرة لما قررته من الوعيد الشديد واللعن والإثم .

3 - لا يقال أن الناس مسلطون على أموالهم يتصرفون كيف يشاؤون ، لأن مبدأ التراضي في العقود أساس إنتفاع العاقدین بمال الآخر ، ولأن أدلة الشرع توجب مراعاة حق الغير على نحو لا يلحق به ضرر ولا بعمامة المسلمين<sup>(2)</sup>.

---

(1) الحديث أخرجه مالك مرسلًا ، وقال ابن ماجه رجاله ثقات ، يرجع : شرح الزرقاني على موطأ مالك 4 / 31 ح / 1500 ط : دار الفكر ، سنن ابن ماجه 2 / 784 ح 2340 ، مجمع الزوائد 4 / 110 ، سنن البيهقي 10 / 133 ، مسند الإمام أحمد 1 / 313 . 327 / 3 ، المستدرک علی الصحیحین فی الحديث - كتاب البيوع 2 / 57 ، 58 ط : دار الفكر - بيروت ، 1398 هـ - 1987م ، وقال الحكم اتنيسبورى : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم .

(2) يرجع : ليداية شرح البداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 10 / 58 ، بحوث فى التبيع د / على مرعى 1 / 133 ، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدينى 1 / 458 وما بعدها .

## القول الرابع

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلّتهم ومناقشة ما أمكن مناقشته يتبين لى أن القول الرابع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حرمة الإحتكار ، والحقيقة أن الخلاف بين جمهور الحنفية وجمهور الفقهاء فى التسمية والدليل فقط ، حيث يطلق الحرام على المكروه تحريما ، لأن كل منهما يقتضى المنع ويوجب إستحقاق العذاب ، والدليل الذى ثبت به الحكم إن كان ظنيا دالا على المنع كخبر الأحاد فهو الحرام عند الجمهور والمكروه تحريما عند الحنفية (1).

## حكمة تحريم الإحتكار

لقد حرم الشارع الحكيم الإحتكار ونهى عنه لما فيه من الجشع والطمع وسوء الخلق والتضييق على الناس ، والتطلع إلى الكسب عن طريق الإضرار بالغير ، فتحريم الإسلام للإحتكار يهدف إلى كشف الضرر ودفعه عن عامة الناس وجماهير الشعب ووقايتهم من المحتكرين فى حبس الأغوات وغيرها من ضرورات الحياة واستثارتهم بتوزيعها دون سائر الموزعين ، لكى يستطيعوا التحكم فى أسعارها كما يشاؤون ، وإنه لأسلوب معقوت لما فيه من إساءة لاستعمال الحق فى إنتهاز حاجة الناس ، وكل ذلك يصادم مبادئ الإسلام الذى جاء بالرحمة والإيثار والتعاطف بين المسلمين والتعاون على البر والتقوى ، والإحتكار يؤدى إلى ما يسمى بالسوق السوداء ، وإنها لتسمية مناسبة ، فهى سوداء على المشتري، لإضطرابه إلى دفع الأرباح التى لا تساوى أرباح السلعة فى العادة ، وسوداء على البائع لأنها تجلب عليه مقت الله وغضب للناس ، وقد تذهب بماله كله حين يضطر ولى الأمر إلى

---

(1) يراجع : بحث قهية فى قضايا إقتصادية معاصرة د / محمد الأشقر 2 / 469 ، بحث فى البيع . د / على مرعى 1 / 133 ، 134 ، بحث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 464 وما بعدها .

مصادرة ماله عقاباً له ، أو بيعه جبراً عليه لإثاعة الذعر ، والجلابة على المجتمع ،  
وابتزاز أموال الناس بالريخ غير المشروع ... والتحكم فى أوقاتهم<sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : منهاج العقول للبخشى شرح منهاج الوصول 1 / 47 ، مطبوع ببنمش نهاية السؤل .

## الفرع الثانى

### تعريف الإحتكار وبيان حكمه فى القانون الوضعى

أولاً : مفهوم الإحتكار فى القانون الوضعى :

إن الإحتكار هو : حبس البائع السلعة أو الخدمة التى تعد من ضروريات الحياة عن المستهلكين والإستئثار بها لكي يستطيع التحكم فيها كيف يشاء <sup>(1)</sup>.  
فإن كان الأصل فى التعاقد بين البائع والمشتري أن يتسم بالحرية فى النقاش والمساومة ، ويترك لكل طرف الفرصة والإختيار فى وضع أفضل الشروط بالنسبة إليه .

إلا أنه قد يقف المشتري فى بعض الأحيان أمام محتكر لإحدى السلع أو الخدمات الضرورية لا يستطيع أن يناقش أو يماوم ، لأن البائع - المحتكر - قد وضع الشروط سلفاً ويعرضها على جمهور الناس ، دون أن يكون أمام من يريد الشراء أو إبرام عقد إلا أن يرضخ ويقبل هذا لتعاقد ، أو يرفضه وهو فى حاجة إليه .  
والقبول من المشتري يكون أقرب إلى التسليم والإذعان <sup>(2)</sup> والرضوخ إلى إرادة الطرف القوي : البائع أو المحتكر ، وأطلق على مثل هذه العقود بعقود الإذعان .

فنظراً لتزايد النشاط الإقتصادى ، وما وصلت إليه الحياة من تطورات هائلة فى العصر الحديث استطاعت بعض الشركات والمؤسسات الكبرى أن تحتكر بعض السلع والخدمات دون منافسة أو مناقشة ، أو جدال يمنع ذلك ، ولذا احتلت مراكز

---

(1) يرجع : تكملة المجموع للمطبعي 48/13 ، الروض للنضير 3/307 ، البحر الزخار 4/319 ميل السلام 3/49 ، نيل الأوطار 5/262 ، شرح النووى على صحيح مسلم 11/221 موسوعة الاقتصاد الإسلامى د / محمد عبد المنعم الجمال 159 ط : دار للكتاب المصرى واللبنانى ولاية الصبة فى الإسلام د/ عبد الله محمد عبد الله 402 ط : مكتبة الأزهار ، حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى .  
د/ رمضان الشرنباصى 34 ، مطبعة الأمل .

(2) يرجع : نظرية العقد د / عبد الفتاح عبد الباقي 204 ، موسوعة الاقتصاد الإسلامى د / محمد عبد المنعم الجمال 159 ، وقريب من هذا المعنى أ . د / لاشين الغابلى - فى عقد الإذعان فى القانون للمندى المصرى ص 24 ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد الأول .

تعاقدية مكنت لها إلقاء شروطها على جمهور المستهلكين والمنتفعين فانفردت هذه الشركات والمؤسسات ( الموجبة المحنكرة ) بتحديد شروط العقد كما نشاء دون أن يكون لمن يتعامل معهم أدنى حق فى مناقشة هذه الشروط أو تحويلها . وأصبح لمن يريد التعاقد أن يأخذ أو يدع ، ولا بد له من التعاقد ، لأنه يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى لا غنى عنه فهو يرضخ لمشينة الطرف القوى <sup>(1)</sup> .

### ثانياً : تكييف الإحتكار وموقف المشرع الوضعى منه ( حكمه ) :

لم يتناول المشرع الوضعى المصرى الإحتكار بصورته المعروفة لدى فقهاء المسلمين .

ولكنه تناول التعرض لبعض صور الإحتكار والمتمثلة فى الشركات والمؤسسات الضخمة دون الأشخاص ، وحاول علاج هذه الصور مراعيًا فيها جانب الطرف الضعيف عندما تتناول عقد الإذعان ، وكذلك جرم الإمتناع عن البيع . فالمشرع الوضعى تناول الأحكام الخاصة بعقد الإذعان فى ثلاثة نصوص متباعدة ضمن نصوص القانون المدنى ، الأول منها نص المادة 100 ، والثانى نص المادة 149 والثالث نص المادة 151 فقرة " 2 " .

فنصت المادة 100 على أن : ( القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ) .

ومن خلال هذا النص تناول فقهاء القانون الوضعى تعريف عقد الإذعان ، وبيان اسباب نشأته وخصائصه ، وأوضح ذلك فيما يلى :

### تعريف عقد الإذعان :

عقد الإذعان هو : العقد الذى ينفرد فيه أحد المتعاقدين الموجب - بوضع شروط بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر - للقابل -- إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها دون

---

(1) الإذعان : مأخوذ من ذعن ذعنا : خضع وذل . وأذعن : افتاد وسلر ولم يستعص ، ويقال : أذعن بالحق : أقربه . يراجع : للمصباح المنير 127 ، مختار الصحاح 117 . المعجم الوسيط 336 .

مناقشة فيها<sup>(1)</sup> ويتعلق بمسألة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار فعلي أو قانوني.

### أسباب نشأة أو ظهور عقود الإذعان :

إن عقود الإذعان ظاهرة جديدة اقتضتها المنية الحديثة نتيجة لنمط الحياة التي يعيشها هذا العصر ، فلم يشق وجوده في مصر أو في غيرها من البلاد العربية إلا مع السنين الأولى من القرن الماضي .

وإن كانوا قد عرفوا أصل وجود مثل هذه العقود المتمثل في الإحتكار وعادوه وحاربوه ، فلقد كانت الشريعة الإسلامية كدأبها في السبق إلى كل ما هو خير ، سباقة إلى محاربة الإحتكار ومعاداته والعمل على وقاية الناس من شروره وآثامه .

ولقد نشأت عقود الإذعان في الفكر القانوني المعاصر نتيجة للوضع الإقتصادي المتمثل في قيام قوى هائلة باتت تتحكم في أرزاق الناس أو في ما تقتضيه حياتهم وتتطلبها معيشتهم من سلع ضرورية أو من حاجات وخدمات لازمة ، وقد توصلت إلى ذلك عن طريق الإحتكار أو ما يقربه من إضعاف أثر المنافسة .

وقد ساعد على ذلك منية العصر الحديث التي اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة من لوازم الحياة تحتاج إلى جهود كثيرة وأموال باهظة ، ولا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة ، ولا يجد لها منافسا في الغالب ، وإن وجد هادئته لتتولف معه على توحيد الشروط في تقديم الخدمات مما يضعف أثر المنافسة إن لم يزلها بالكلية .

---

(1) يراجع : موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد د / عبد الفتاح عبد الباقي ص 204 ، ط : 1984م ، الوسيط د / المنهري 1/ 245 هامش 1 ، مصادر الالتزام د / عبد المنعم فرج الصدة 109 - 110 ط : 1986م ، نشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات د / محمود جمال الدين زكي ص 89 ، مطبعة جامعة القاهرة الطبعة الثالثة 1978م .

ومن هذه الخدمات تقديم الضروريات المنزلية كالمياه ، والكهرباء ، والغاز ، والنقل بوسائله المختلفة - برا وبحرا وجوا - وغير ذلك ، شركات التأمين ، ومصلحة البريد والاتصالات .

فكان من نتيجة تسلط هذه القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة لحياة الجمهور أن نشأت عقود الإذعان ، تلك العقود التي تأتي المسلمة وتمنع النقاش ، وتقوم بين طرفين: أحدهما: بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي أو الاجتماعي ، والثاني : بالغة ما بلغت قوته فهو ضعيف أمامه ، ولا يملك لشدة حاجته إلى التعاقد معه ، إلا أن يسلم بشروطه ويرضخ لإرادته ويذعن لمشيئته<sup>(1)</sup>.

### خصائص عقد الإذعان :

يتميز عقد الإذعان بخصائص ثلاثة أساسية هي<sup>(2)</sup> :

- 1 - أن يتعلق عقد الإذعان بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية ، ليس بالنسبة إلى فرد بعينه وإنما بالنسبة لجميع الناس ، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم دون أن يلحقهم أذى أو ضيق أو ضرر ، والسلع الضرورية هي التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم حياتهم ومصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة .

---

(1) يراجع : دروس في مصادر الالتزام د / لاشين الغاياني 63 ط : 1403 هـ / 1983م ، مصادر الالتزام د / عبد المنعم الصدة 109 ، لوالى في شرح لقانون المدني - نظرية العقد د / سليمان مرقس 182 الطبعة الرابعة 1987م ، مطبعة السلام القاهرة ، مصادر الالتزام د / عبد الناصر توفيق المطار 117 طبعة 1990 ، مؤسسة البستاني - القاهرة ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام د / عبد الوود يحيى 44 ط : 1987م - دار النهضة العربية ، مصادر الالتزام د / رمضان أبو السعود ص 83 ط : 2003م .

(2) يراجع : موسوعة القانون المدني - نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقي 205 ، 206 ، مصادر الالتزام د / عبد المنعم الصدة 109 - 110 ، عقد الإذعان د / لاشين الغاياني - بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا للعدد الأول ص 17 ، ط : 1406هـ - 1986م .



وكون السلعة أو الخدمة ضرورية أم لا ؟ بالنسبة إلى المستهلك ، فنظرا لما وصلت إليه المدنية الحديثة والتقدم الحضارى والتكنولوجيا تعتبر مسألة موضوعية تدخل فى نطاق سلطة للقاضى الموضوعية التقديرية .

2 - أن يكون أحد العاقلين محتكرا للسلعة أو الخدمة إحتكارا قانونيا ، كشركات الغاز والكهرباء والمياه ، أو إحتكارا فعليا كوجود عامل يتعلق نوع عمله هو وأسرته بمشروع صناعى تحتكره شركة ولا يوجد غيرها ، فهو مضطر إلى العمل فى هذا المشروع ، ومع ذلك فهى تمنعه من العمل إلا وفقا لشروطها ، أو أن تكون المنافسة بينه وبين غيره فى تقديم تلك السلعة أو الخدمة محدودة ضيقة النطاق بحيث يكون تفوقه الاقتصادى واضحا .

3 - أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقرر سلفا ولا يقبل نقاشا فيها لمدة غير محدودة فهو إيجلب عام ودائم ....

فهذه الخصائص أو الصفات ، أو المميزات ، التى تتميز بها عقود الإذعان كثيرة الشبوع ، ولتى تزداد يوما بعد يوم نتيجة تطور الوضع الاقتصادى والتقدم العمرانى والكثافة السكانية التى أدت إلى نشأة الهيئات والشركات والمؤسسات بل والأفراد الذين يتحكمون فى الجمهور بتسلطهم على السلع والخدمات التى لا غنى عنها فى حياتهم ، كعقود النقل ، والتليفون ، والعمل ، والتأمين ، والكهرباء ، فإذا لم تتوفر هذه الخصائص السابقة ، فلا يعتبر العقد من عقود الإذعان وما أخذ حكمه<sup>(1)</sup>.

---

(1) إراجع : مجموعة الأصول التحضيرية 2 / 68 ، 69 ، دروس فى مصادر الالتزام .

د / لاثين الغاياتى 63 - 65 ، النظرية العامة للإلتزامات نظرية العقد د / عبد الرزاق السنهورى 280 ط : دار الكتب المصرية ، مصادر الإلتزام د / عبد المنعم الصدة 110 ، الوافى فى شرح للقانون المبنى - نظرية العقد د / سليمان مرقس 183 ، موسوعة القانون المبنى ، نظرية العقد والإرادة المنفردة .

د/ عبد الفتاح عبد الباقي 206 - 208 ، عقد الإذعان د / لاثين الغاياتى بحث منشور بأكاديمية الشريعة والقانون بطنطا المجلد الأول ص 21 - 24 ، مصادر الإلتزام د/ عبد الناصر العطار 117 ، الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات د / محمود زكى 89 - 90 ، الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات مصادر -

ولقد عالج المشرع الوضعى ما تتضمنه عقود الإذعان من صور إحتكارية عن طريق تعديل شروط العقد ، أو تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف ، وهذا ما سنوضحه فى الفرع الثانى من المطلب القادم إن شاء الله تعالى .

### تجريم المشرع الوضعى الإمتناع عن البيع :

ومع ذلك فلقد جرم المشرع الوضعى بيع السلعة المسعرة جبريا أو محددة الربح أو عرضها للبيع بسعر يزيد على السعر أو الربح المحدد ، أو الإمتناع عن البيع بهذا السعر أو الربح .

فلقد نصت المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950م الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح ، والمعدلة بالقانون 108 لسنة 1980 والقانون 128 لسنة 1982 على أن :

" يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن 300 ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه كل من باع سلعة مسعرة جبريا أو محددة الربح أو عرضها للبيع بسعر أو بربح يزيد على السعر أو الربح المحدد أو امتنع عن بيعها بهذا السعر أو الربح ..... " .

وتنص المادة الأولى من قرار التمييز رقم 184 لسنة 1975م ، على أنه : " يحظر على التجار أو الحائزين للسلع .... حبسها عن التداول عن طريق إخفائها أو عدم طرحها فى الأسواق ، أو الإتفاق على سحبها من المناطق المخصصة لتداولها... " والمادة الثانية: " يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه - كل من حبس سلعة عن التداول أيا كانت السلعة ..... " .

---

=الإلتزامات د/عبد الوودود يحيى 440 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 396 لسنة 37 ق ، قاعدة 8 نقض مننى جلسة 12 / 3 / 1974م.

فالامتناع عن البيع يعاقب عليه في حد ذاته سواء كان المقصود منه طلب سعر يزيد على السعر المحدد أم لا ؟ وسواء كان البائع يقصد الاحتفاظ بالسلعة لاستعماله الشخصي أم لآخرين ، موجودة بالمحل أو بالمخزن أو بأي مكان آخر <sup>(1)</sup>.

فمن خلال ما سبق يتضح أن المشرع الوضعي قد جرم كل من يمتنع عن بيع سلعة يحتاج إليها المستهلكون سواء كان الإمتناع عن البيع لزيادة ربح أو لغيره ، لما يدل على أن المشرع الوضعي يحرم الإحتكار ويمنعه بتوقيع العقوبة السابقة على من يخالف حكمه ويمتنع عن البيع ، إلا أنه مع ذلك لا يجبره على البيع كما نص على ذلك فقهاء المسلمين حينما أجبروا المحتكر على البيع ، أو إخراج ماله ليتولى للقاضي بيعه جبرا عنه لمن هم في حاجة إليه بمثل ثمنه أو بقيمته .

---

(1) يراجع : قانون العقوبات الخاص د/ حسن صادق المرصفاوى 799 ط : 1975 منشأة المعارف الإسكندرية ، التشريعات التمرونية للمستشار/ أنور طلحة 492 ط : مطبعة الصديق - إسكندرية تشريعات الترموين والتفسير الجبرى ، فرج علوانى هليل 5، 6 ، 22 ط : 1980 نشر دار المطبوعات الجامعية ، مجموعة أحكام محكمة النقض من 21 ق 151 ، جلسة 5/3/1970 طعن 115 لسنة 36 ق نقض منى جلسة 3/2/1966 ، طعن رقم 1048 من 38 نقض منى جلسة 2/17/ 1969 ، طعن 486 لسنة 37 نقض منى جلسة 5/30/1967م الموسوعة الشاملة في الترموين والتفسير الجبرى وأمن الدولة م/ معوض عبد التواب من 100 ، 101 ط 1987م ، المكتبة القومية الحديثة بطنطا.



## الضرع الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف الإحتكار وبيان حكمه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من مفهوم الإحتكار وبيان حكمه يتضح ما يأتى :

1 - لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى مفهوم الإحتكار والذى يتضمن حبس السلعة أو الخدمة عن المستهلكين الذين هم فى حاجة إليها ولا غنى لهم عنها .

2 - ولقد ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى تحريم الإحتكار لما يتسبب فيه من ضرر يلحق بالجماعة إذ توافرت شروطه فى كل ما يحتاج إليه ولا غنى عنه .

أما القانون الوضعى : فلم يتناول الإحتكار بصورته المعروفة عند فقهاء المسلمين وإنما تناولوه فى صورة عقود الإذعان، وهذا أمر حديث لم يكتشفه المشرع الوضعى إلا فى بداية القرن الماضى، وذلك على أثر التطورات الاقتصادية والصناعية للكبرى .

ومع ذلك فقد نص المشرع الوضعى على توقيع العقاب بالحبس والغرامة على كل من يمتنع عن بيع سلعة بقصد الإضرار بالمستهلكين .

لذا كان موقف القانون الوضعى متقفا من حيث المبدأ مع الفقه الإسلامى من تحريم الإحتكار ، وأيضاً فى منعه وتجريمه وتوقيع العقاب على الممتنع عن البيع حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن المحتكر إن أبى عن البيع فإنه يحبس ويعزر .

3 - ولكن القانون الوضعى لم يجبر المحتكر على البيع بإخراج السلع إلى السوق ودفعها لمن هم فى حاجة إليها ، كما نص على ذلك الفقه الإسلامى ، ولكن قصر العقاب على من طلب منه البيع وأبى دون جبره على البيع ، لذا أقصى

سرعة تدخل المشرع الوضعى بإصدار قانون يمنع الإحتكار بشتى صوره  
وأن يكون مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية .  
هذا والله تعالى أعلى وأعلم ،،،

## **المطلب الثاني**

### **شروط الاحتكار**

**وتملك الأشياء المحتكرة جبراً على محتكرها**

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبراً على محتكرها  
في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبراً على محتكرها  
في القانون الوضعي .

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي  
من شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبراً على محتكرها

### **الفرع الأول**

**شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة  
جبراً على محتكرها في الفقه الإسلامي**

**أولاً : شروط الإحتكار :**

لقد وضع فقهاء المسلمين شروطاً للاحتكار المحرم ، وإذا توافرت كان الإحتكار  
محرمًا ويجبر المحتكر على إخراج وبيعه لمن هم في حاجة إليه ، فإن امتنع عن  
إخراجه وبيعه ، باعه القاضى جبراً عنه ، وملكه للمحتاجين إليه بمثل ثمنه أو  
قيمته، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : أن يكون الشيء المحتكر قوتاً أو طعاماً أو مما يضر بالناس جميعه  
ويحتاج إليه .

## تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الشيء المحتكر إذا كان طعاما فإنه يكون محرما ، لأنه يضر بالناس ويحتاجون إليه <sup>(1)</sup>.

ولكنهم اختلفوا في احتكار ما سوى طعام الأئمة وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء ( بعض الحنفية والمالكية ، وبعض الحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، وبعض الإمامية ) .

إلى أن كل ما أضر بالناس حبسه يكون احتكارا محرما فيجوز في كل شيء من طعام وغيره لأئمة أو غيره ، وكل ما يحتاج إليه إذا أضر بالناس ، لأن حاجتهم لا تنفع إلا بذلك كالأغذية والثياب وغيرها <sup>(2)</sup>.

نقول الثاني :

ذهب إليه ( جمهور الحنفية ، والشافعية ، وبعض الإمامية ، والإباضية ) .  
إلى أن الإحتكار المحرم يكون في حبس قوت الأئمة أو علف الحيوان <sup>(3)</sup>.

القول الثالث :

ذهب إليه سعيد بن المسيب <sup>(4)</sup> وبعض الحنابلة .

---

(1) تراجع : تبين الحقائق 27/6 ، المنتقى للباي 16/5 ، معنى المحتاج 2/53 ، الفروع 4/53 المحلى 7/572 ، البحر الزخار 4/319 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3/143 ، النيل 8/178 .

(2) تراجع : تبين الحقائق 6/27 ، بدائع الصنائع 5/193 ، المنتقى 5/16 ، المعونة 2/211 ، الفروع 4/53 ، المحلى 7/572 ، البحر الزخار 4/319 ، الروض النضير 3/307 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3/143 .

(3) تراجع : بدائع الصنائع 5/193 ، الفتاوى الهندية 3/213 ، حاشية للجمال 3/93 ، معنى المحتاج 2/53 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعي 13/46 ، المبسوط للطوسي 2/195 ، رياض المسائل 5/101 ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل 8/178 .

(4) سعيد بن المسيب هو : الإمام أبو محمد سعيد بن المسيب بن كعب بن غالب المخزومي القرشي ، سيد التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، ولد لستين مضيتا من خلافة عمر بن الخطاب ، ورأه وسمع منه ، ومن عثمان ، وعلي ، وابن عباس ، وابن عمر وأبو هريرة ، وغيرهم من الصحابة ، وروى عنه -



إلى أن الاحتكار المحرم لا يكون إلا في قوت الأسمى فقط<sup>(1)</sup>.  
سبب اختلاف الفقهاء : لعل سبب إختلاف الفقهاء يرجع إلى تعارض الأحاديث  
والآثار الواردة في ذلك .

### الأدلة

#### أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن الاحتكار المحرم يكون في  
كل ما يحتاج الناس إليه ويضر بهم بما يلي :

1 - العلة في الإحتكار هي الإضرار بالمسلمين ، ويستوي في ذلك القوت وغيره  
لأنهم يتضررون بالجميع .

2 - الأحاديث الواردة في تحريم الإحتكار لم تفرق بين قوت الأسمى وغيره من  
الدواب ، ولتصريح بلفظ الطعام في بعض الروايات لا يقيد باقيها ، بل هو  
من التخصيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المقيد لخصوصية فيه  
وهي شدة الاحتياج إليه أكثر من غيره<sup>(2)</sup>.

من كتابين خلق كثير منهم : عطاء ، ولزهرى ، واتفقا على إسمته وجلالته وتقدمه على أهل عصره  
في العلم والخير والفضل - توفي " رحمه الله تعالى " سنة 93هـ وقيل 94هـ . يراجع : شذرات الذهب  
102/1 ، الأعلام 102/3 ، وفیات الأعيان 2 / 375 رقم 262.

(1) يراجع : كشف القناع 3 / 187 ، القروع 4 / 53 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 4 / 47 ط : دار  
الكتاب العربي ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني 3 / 63 ، ط : المكتب الإسلامي  
بدمشق . الروض المربع 284

(2) يراجع : الهداية شرح البداية 4 / 205 ، المعونة 2 / 60 ، الأئصاف 4 / 338 ، الشرح الكبير  
بهامش المغنى 4 / 47 ، المحلى 7 / 572 ، السيل الجرار 3 / 79 ، فقه الإمام جعفر 3 / 143 نيل الأوطار

### أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من أن الإحتكار المحرم يكون في قوت الأسمى وعلف الحيوان فقط وذلك بما يلي :

1 - بعض الأحاديث ورد مطلقا في تحريم الإحتكار كقوله - صلى الله عليه وسلم - من " احتكر فهو خاطئ " . وبعضها ورد مقيدا كقوله - صلى الله عليه وسلم - " من احتكر طعاما ..... " والمطلق <sup>(1)</sup> يحمل على المقيد . كما هو مقرر عند علماء الأصول <sup>(2)</sup>.

2 - الضرر الغالب يكون في حبس القوت والطف ، ولا حاجة ماسة في غير القوت فتحريم الإحتكار جاء لرفع الضرر عن الناس الخاص بحبس الأقوات لا كل ضرر لورود بعض الأحاديث المقيدة بالطعام .

3 - الشريعة الإسلامية قد حرمت الإضرار بالحيوان ، ولوجبت على مالكة النفقة عليه ، وإن عجز أو امتنع كان ولجبا على المسلمين حفظه ورعايته ، وفي ذلك مصلحة ، لأنه مال ، ولا يجوز إهماله للنهي عن إضاعة المال <sup>(3)</sup>.

---

(1) المطلق : لغة ما لا يقيد بشرط أو قيد . . . غير المعين ، ومن الأحكام ما لا يقع فيه استثناء ويقال : لملتفت القول : أرسلته من غير قيد أو شرط .

وإصطلاحا : للفظ الدال على منول شائع في جنسه .

يراجع : لسان العرب 4 / 2693 باب لقاظ فصل الطاء ، المصباح المنير 225 ، الإحكام للأدنى 2 / 162 ، إرشاد الفحول 2 / 477.

(2) تمقيد : لغة : خلاف المطلق ، فيقال : قاده قيذا وقيده : أعياد وعاقه ، وإصطلاحا : ما لا يدل على شائع في جنسه ..... يراجع : المعجم الوسيط 804 ، منهاج المعقول 2 / 138 ، إرشاد الفحول 2 / 478.

(3) يراجع : نهاية السؤل 2 / 140 ، إرشاد الفحول للشوكلي 2 / 478 .

### أدلة أصحاب القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث على ما ذهبوا إليه من أن الإحتكار المحرم لا يكون إلا فى قوت الأذى فقط وذلك بما يلى :

1 - ما روى أن سعيد بن المسيب روى حديث معمر كان يحتكر النوى والزبيب والخيط ، لأن مثل هذه الأشياء لا تهم الحاجة إليها فأشبهت للثياب والحيوان، فدل ذلك على أن الإحتكار المحرم مقود على قوت الأذى فقط ولا يجرى فى كل شيء (1).

2 - بعض الأحاديث ورد مطلقا والبعض ورد مقيدا ، والمطلق يحمل على المقيد كما هو مقرر أصوليا إذا اتحد السبب والحكم والموضوع . فالحكم هو التحريم ، والسبب ، علة الإضرار ، والموضوع : الإحتكار ، فيحمل المطلق على المقيد ويكون خاصا بالطعام (2).

3 - أن المقصود من العلة هو الضرر الغالب لا مطلق الضرر ، ويؤيد ذلك الأحاديث التى تنهى عن الإحتكار يكون فى الطعام ، لأن الضرر الغالب يكون فى حبس الطعام ومنعه (3).

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، الفتاوى الهندية 3 / 213 ، تبين الحقائق 6 / 27 ، تكملة المجموع الثانية المطبوعى 13 / 46 ، المبسوط للطوسى 2 / 195 ، رياض المسائل 5 / 101 ، النيل 8 / 178 شرح النووى على صحيح مسلم 11 / 221 ، سبل السلام 3 / 48 ، نيل الأوطار 5 / 262 بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 475 .

(2) كشاف القناع 3 / 187 ، الشرح الكبير بهامش المعنى 4 / 47 . الفروع 4 / 53 ، بحوث فقهية مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 473 - 475 .

(3) يراجع : منهاج العقول 2 / 140 ، إرشاد الفحول 2 / 478 .

## المناقشة :

نوقشت أدلة أصحاب القولين الثاني والثالث بما يلي :

1- القول بأن الأحاديث بعضها ورد مطلقا وبعضها ورد مقيدا ويحمل المطلق على المقيد ، هذا وإن كان مسلما أصوليا ، إلا أنه تأويل خلاف ، ولا يصار إليه إلا عند التعارض ولا تعارض ، لأن التعارض ينشأ لو كان لقيد الطعام مفهوم مخالف<sup>(1)</sup> ، لكن الطعام مفهوم لقب واللقب لا مفهوم له عند الجمهور ، فدل على نفى الحكم ، وبالتالي لا تعارض فلا موجب للتأويل أو حمل المطلق على المقيد فيعمل بالدليلين المطلق والمقيد وهو التعميم الذي يجرى في الطعام وغيره .

2- تخصيص الطعام خرج مخرج الغالب لكثرة وقوع الإحتكار فيه ، وإفراد فرد من العام بحكم ، لا يخصه<sup>(2)</sup> .

3- العلة في الإحتكار ليس ذاته بل ما يترتب على ذلك من أثره من الضرر العام فيعتبر حقيقة الضرر ، فكل ما يؤدي إلى الضرر يمنع ، فالمعتبر حقيقة الضرر لا منشئ الضرر .

4- إحتكار سعيد بن المسيب قيل : إنه كان في وقت حاجة ووقت غلاء ، وقيل : إن هذا ليس إحتكارا بل إبخار وتوسعة لوقت الحاجة ، ورفق وإحسان ، وهذا جائز<sup>(1)</sup> .

---

(1) راجع : الشرح الكبير بهامش المعنى 4 / 47 ، بحوث فقهية مقارنة د / محمد فتحي الدريني 473 - 475 .

(2) مفهوم المخالفة : المفهوم : ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق ، أي يكون حكما لغير المذكور وحالا من أحواله ، وينقسم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة ، فمفهوم المخالفة هو : حيث يكون المسكوت عنه مخالفا لمذكور في الحكم ، إثباتا ونفيا ، فيثبت للمسكوت عنه تقيض حكم المنطوق به ويتنوع مفهوم المخالفة إلى أنواع منها : مفهوم للقب : وهو تطبيق الحكم بالاسم العلم نحو : قام زيد أو اسم النوع ، نحو : في الغنم زكاة ، وهو ليس بحجة عند الجمهور ولم يعمل به إلا أبو بكر النفاق من الشافعية . راجع : رشاد الفحول 2 / 519 وما بعدها .

## القول الرابع :

مما سبق يتضح لى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جريان الإحتكار فى كل ما يحتاج الناس إليه ويضر بهم حبسه هو الرابع، وذلك لقوة أدلتهم، وأيضا العلة الإضرار، فكل ما أضر بالناس أو الحيوان أو الدولة، فمن يمنعه يكون محتكرا لا فرق بين قوت وغيره ، فلا يجوز احتكار العقاقير والأدوية استغلالا لحاجة المرضى ، لأن حاجة هؤلاء إلى الدواء قد تكون أفس وأشد من حاجتهم إلى الطعام، وغير ذلك كثير مما يوقع الناس فى مشقة وحرَج ثم يقال لمن قيد القوت بالاحتكار : ما قولهم فى احتكار الثياب والناس فى حاجة إليه لشدة البرد ، واحتكار المسكن والناس فى العراء بلا ملوى وهم فى أشد الحاجة إليه ، وأيضا.

احتكار النفط والكهرباء والغاز ، فكيف نقول أن فعل ذلك غير محرم مع العلم بأن الحياة اليوم تستحيل بدونهما ، ولو قلنا أنه لا يحرم إلا القوت فقط ، لركع وسجد لها المستعمر المحتكر مادامت تحرم عليه احتكار القوت ، وتبيح له احتكار الحديد والذهب وغيرهما ، فالجمود على حرفية النصوص طعن فى الدين وشرعية سيد المرسلين .

فلذا كان الإحتكار محرما فى كل ما أضر بالناس إحتباسه لا فرق بين قوت وغيره لأنمى أو لغيره<sup>(2)</sup>.

الشرط الثانى : أن يكون الشيء المحتكر فاتضا عن حاجة صاحبه وحاجة من يعولهم .

لقد اتفق الفقهاء على أن الإحتكار ليس هو مطلق الحبس ، لأن الإنسان قد يحبس قوته وقوت أولاده لو من يعولهم لسنة أو أكثر دون أن يكون هذا احتكارا محرما .

---

(1) يرجع : إرشاد القبول 1 / 391 ، 2 / 530 ، شرح للنوى على صحيح مسلم 11 / 221 ، نيل الأوطار 5 / 262 ، سبل السلام 3 / 48 ، 49

(2) يرجع : تبیین الحقائق 6 / 27 ، المحلى 7 / 572 ، شرح للنوى على صحيح مسلم 11 / 221 ، نيل الأوطار 5 / 262

لما ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يخر لأهله وكان يعطى كل واحدة من زوجاته مائة ومق<sup>(1)</sup> من خير ، فقد روى عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال " كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يبيع نخيل بنى النضير<sup>(2)</sup> ويحبس لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره " <sup>(3)</sup>.

فهذا الحديث واضح للدلالة على أن حبس الإنسان قوته وقوت من يعولهم حلال مباح وليس من الإحتكار المحرم ، فإذا ما زاد عن حاجتهم ، يكون ما زاد من الإحتكار المحرم المنهى عنه ، والذي يجبر صاحبه على بيعه دفعا للضرر عن الآخرين ، ولقد قيل : إن الإخثار في وقت الرخاء : لإخثار وتوسعة ، وهو رفق وإحسان لا استغلال فيه أو إضرار فلم يتحقق فيه علة الإحتكار المحرم<sup>(4)</sup>.

---

(1) يراجع : فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 145 ، سبل السلام 3 / 48 / 49 ، نيل الأوطار 5 / 262 شرح للنووي لمصحيح مسلم 11 / 221 .

(2) الوسق : مكيعة معلومة ، وهي ستون ضاعا ، والصاع : خمسة أرطال وثلاث ، ويقدر في العصر الحاضر ( 2036 ) جرام ، فيكون مقدار الوسق ( 122.160 ) جرما أى مائة وثنتا وعشرون كيلو ومائة وستون جرما . يراجع : المعجم الوسيط 1075 ، الموازين والمكاييل والمقاييس والأحكام الفقهية المتعلقة بها ، رسالة ماجستير لمحمد نجم الدين الكردي من 180 ، 181 .

(3) بنو النضير : اسم قبيلة من اليهود لكانت بالمدينة ، وكانوا هم وقريظة نزولا بظاهر المدينة ومنازلهم بوادي بطحان فتحت حصونهم في سنة 4 هـ . وأخذ أموالهم وينسبوا إلى النضر بن كنانة من العدنانية . يراجع : معجم القبائل 3 / 1183 ، معجم البلدان 5 / 290 .

(4) الحديث : أخرجه البخارى في صحيحه باب النفقات 190/20 ح / 5357 ط : مكتبة الكليات الأزهرية ، أحمد في المسند 1 / 25 ، وابن حزم في المحلى 7 / 573 .

الشرط الثالث : أن يكون الشيء المحتكر مالا متجرا فيه يشتري من سوق البلدة .

### تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الإحتكار المحرم يكون فيما يشتري من سوق المدينة أو البلدة التي يعيش فيها ، وانتظر الوقت الذي تغلو فيه السلع ليبيع بالثمن الفلحش ويشتري ليضيق على الناس في بلد فيه ضيق<sup>(1)</sup> .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان هذا الشيء المحتكر مجلوبا - أى مستورداً من خارج البلدة أو المدينة ولحبتسه ، أو كان منتجا من ضيعته<sup>(2)</sup> لو اشتراه في وقت سعة ، فهل يعد محتكرا أم لا ؟ وذلك على قولين :

### القول الأول :

ذهب إليه<sup>(3)</sup> : " بعض الحنفية ، وبعض المالكية ، وبعض الحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية والإمامية " : إلى أن الإحتكار يجرى ويكون حراما إذا احتكر الجالب ما جلبه أو أخرجه من زرعه وصناعته ، فلا فرق بين المشتري من سوق المدينة

---

(1) يراجع : تبين الحقائق 6/ 28 ، بدائع الصنائع 5/ 193 ، المنتقى 5/ 15 ، 16 . نخفة المحتاج 4/ 318 ، تكملة المجموع للمطيعي 13/ 46 ، مطالب أولى النهى 3/ 65 ، كشاف القناع 3/ 188 ، المحلى 7/ 572 ، 573 ، البحر الزخار 4/ 319 ، الروض النضير 3/ 308 المبسوط للنطوسي 2/ 195 ، شرح كتاب النيل 8/ 177 ، نيل الأوطار 5/ 262

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 3/ 213 ، 214 . المنتقى 5/ 17 . مغنى المحتاج 2/ 53 تكملة المجموع للمطيعي 13/ 47 ، كشاف القناع 3/ 187 . الفروع 4/ 53 . الإنصاف 4/ 339 ، المحلى 7/ 572 ، الروض النضير 3/ 308 . رياض المسائل 5/ 101 . النيل 8/ 175 .

(3) الضيعة هى : الأرض للمفلة ، والعقار ، والعمل النافع المربح ، كالتجارة والصناعة وغيرهما من الحرف ، وقد تطلق على الربح نفسه . ويقال : فشت عليه ضيعته : إذا كثر ماله . جمع ضياع ، وضيع . يراجع : المصباح المنير 218 ، المعجم الوسيط 573 . المعجم الوجيز 384 .

وبين المنتج من الأرض أو المجلوب ، مادام يؤدي ذلك الإحتكار إلى الضرر المنهى عنه ، ولو اشتراه في وقت سعة <sup>(1)</sup>.

القول الثاني :

ذهب إليه " جمهور الحنفية ، وجمهور المالكية ، والشافعية ، وبعض الحنابلة ، والإباضية ، والأوزاعي " <sup>(2)</sup>. إلى أن الشيء المجلوب من الخارج أو المنتج من زراعته أو صناعته ، فحبسه لا يعد من قبيل الإحتكار المحرم <sup>(3)</sup>. ولعل سبب إختلافهم يرجع إلى تعارض الأدلة وفهم المقصود من منع الإحتكار .

الأدلة

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول على أن الشيء المجلوب أو الخارج من الضيعة كالمشتري من دخل البلدة إذا حبسه يكون محتكرا وذلك بما يلي :

- 
- (1) يراجع : الفتاوى الهندية 3/ 213 ، 214 ، بدائع الصنائع 5/ 192 ، المنتقى 5/ 17 ، المعونة 2/ 60 ، الفروع 4/ 53 ، المحلى 7/ 572 ، الروض النضير 3/ 308 ، البحر الزخار 4/ 319 ، رياض المسائل 5/ 101 - 103 ، شرائع الإسلام 2/ 21 ، فقه الإمام جعفر 3/ 143 .
- (2) الأوزاعي هو : أبو عمر عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي ، ولد ببعلبك سنة 88هـ كان من رجال الحديث ثم اشتهر بالفقه ، وظهر مذهبه في الشام ، ولم يكن بها أعلم منه ، وازنمحل أمام مذهب الشافعي ، ومالك في منتصف القرن الثالث الهجري ، سمع من عطاء والزهرى وغيرهما وروى عنه الثوري ، وابن المبارك ، وغيرهما ، توفي " رحمه الله تعالى " سنة 157 هـ . يراجع : وفیات الأعيان 3/ 127 ، شذرات الذهب 1/ 241 ، سير أعلام النبلاء 7/ 107 ، تذكرة الحفاظ 1/ 178 .
- (3) يراجع : تبیین الحقائق 6/ 28 ، مختصر اختلاف العلماء للطحاوى 3/ 422 ، ط : دار البشائر بيروت ، المنتقى 5/ 17 ، المعونة 2/ 60 ، 61 ، حاشية الجمل 3/ 93 ، مقاييس المحتاج 2/ 53 ، تكملة المجموع الثانية للطحاوي 13/ 47 ، كشف القناع 3/ 187 ، مطالب أولي النهى 3/ 63 ، الإنصاف 4/ 339 ، شرح كتاب التلويح 8/ 175 ، شرح النووي على صحيح مسلم 11/ 221 ، بيل الأوطار 5/ 262 .



- 1- إن حبس القوت أو غيره إذا أدى إلى الضرر يعد احتكرا لا فرق بين المجلوب أو الخارج من الأرض أو المشتري من السوق ، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدمها فالعلة هي الضرر ، فإذا وجد الضرر، وجد الحكم وهو المنع.
- 2- التفريق بين الشيء المحتكر إن كان من ضيعته أو مستوردا ، أو مشتريا من السوق ، تفريق لا يستند إلى دليل مقنع ، ولا يصلح تميزا لأنواع الإحتكار ، لأنها كلها تؤدي إلى الإضرار والتضييق على الناس<sup>(1)</sup>.

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذه لقول على أن الشيء المجلوب أو الخارج من الضيعة من يحسبه لا يعد محتكرا بالسنة والآثار والمعقول :

من السنة :

ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " <sup>(2)</sup>.

وجه الدلالة من هذا الحديث :

يدل هذا الحديث على أن النبي - صلى الله عليه وسلم - فرق بين الجالب والمحتكر حيث ذم المحتكر ، لأنه آثم بإضرار الناس والتضييق عليهم ، ومدح الأول ، لأنه من شأنه أن يوسع عليهم<sup>(3)</sup>.

من الآثار :

ما روى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه قال : أيما جالب جلب على صمود كبده في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء وإيمسك كيف شاء الله<sup>(4)</sup>.

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 192 ، المعونة 2 / 60 ، 61 ، الفروع 4 / 53 ، المحلى 7 / 572 البحر الزخار 4 / 319 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 143 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص : 170

(3) يراجع : المنقلى للباجي 5 / 17 ، سنن قتيبي 6 / 30

(4) الأثر : سبق تخريجه ص 170

وجه الدلالة من هذا الأثر :

يبدل هذا الأثر على أن الصحابي عمر "رضي الله عنه" قد جعل الجالب نزيراً له وضيافاً ، وأنه يتصرف كيف يشاء <sup>(1)</sup>.

من المعقول :

- 1- حق العامة قد تعلق بالشيء المشتري من الداخل أو من مكان قريب ، فحبسه إلحاق ضرر بهم ، لأنه منع حق العامة ، وهو ظلم ، ولا يوجد فيمن اشترى من الخارج وجلبه ، لأنه بإمكانه أن لا يشتري ولا يزرع فكذا له أن لا يبيع .
- 2- علة الاحتكار وقوع الضرر والظلم ، والجالب لا يضر أحد ولا يظلمه ، بل ينفع الناس ، لأنه أطيب لقلوبهم إذا علموا أن عنده طعام معداً للبيع <sup>(2)</sup>.

#### المناقشة

مناقشة أدلة القول الثاني :

ناقش أصحاب القول الأول ما استدل به أصحاب القول الثاني بما يلي :

- 1- التفرقة بين الجالب والمحتكر معقولة إذا كان قصده التوسعة على الناس فكان ميسراً له في رزقة ومباركاً فيه ، لأنه وفرّ لهم ما يسد حاجاتهم ، أما إذا جلب وامتنع عن البيع حتى جعل الناس في ضيق وعسر ، فإنه يمنع ، لأنه يعد محتكراً لا جالباً ، ولضرر بالناس .
- 2 - بعض الأحاديث جاء مطلقاً فقال : صلى الله عليه وسلم - " لا يحتكر إلا خاطئ" <sup>(1)</sup> يشتمل ما كان مجلوباً وما كان مشترياً إذا احتكر وامتنع عن بيعه .

(1) يراجع : موطأ مالك 2 / 34 ، سنن البيهقي 6 / 30

(2) يراجع : تبين الحقائق 6 / 28 ، المنقلى 5 / 17 ، المعونة 2 / 60 ، حاشية الجمل 3 / 93  
تكملة للمجموع للمطبعي 13 / 47 ، كشف النقاب 3 / 187 ، شرح مكتب النيل 8 / 175 ، شرح النووى  
على صحيح مسلم 11 / 221 ، نيل الأوطار 5 / 262 .

3 - أنهم توقعوا الجلب ، والتوقع كان لتعلق حتهم ووقوع الضرر عند الحبس ولو لم يجلب لا تطلق غيره وجلب ، وأنه كان مصدر الضرر ، فيكون الإحتكار غير مشروع (1).

القول الراجح :

يبدو لي أن القول الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من جريان الإحتكار المحرم في كل شيء أضر بالناس حبسه سواء كان مجلوبا من الخارج ، أو منتجا من الضيعة أو مشتريا من سوق المدينة ، اشتراه في وقت الغلاء أو في وقت الرخص إذا قصد التضيق على الناس وتربص الغلاء ، لأنه يؤدي إلى الضرر ، وذلك لقوة أخلتهم وسلامتها ، ولاتسامه مع روح التشريع واتفاقه مع العلة التي من أجلها حرم الإحتكار .

الشرط الرابع : أن يحبس السلع في الوقت الذي يحتاج الناس إليه .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الإحتكار المحرم يكون في الوقت الذي يحتاج الناس فيه إلى السلع المحتكرة وتكون غير متوافرة عند غيره من التجار .

وكذلك اتفقوا على أنه إذا كانت هذه السلع متوافرة موجودة عند غيره ، ولا يحتاج الناس إلى ما عنده فلا يند محتمرا لعدم وقوع الضرر بالناس (2) (3).

ولكنهم اختلفوا في المدة التي يكون فيها للشخص محتكرا إذا حبس ما يحتاج الناس إليه ومنعه عنهم وذلك على الأقوال الآتية :

---

(1) الحديث سبق تخريجه من 168 .

(2) يرالج : تبين الحقائق 28 / 6 ، المنتقى 17 / 5 ، للفروع 53 / 4 ، المحلى 572 / 7 ، السيل الجرار 3 / 79 / 80 ، المختصر لنافع 120 ، شرايع الإسلام 2 / 21 .

(3) يرالج : بدائع الصنائع 5 / 193 ، تبين الحقائق 6 / 27 ، المنتقى 5 / 16 . تكملة المجموع الثمانية لمطعمي 13 / 48 ، للفروع 4 / 53 ، شرايع الإسلام 2 / 21 ، نيل الأوطار 5 / 263 . إحياء علوم الدين للغزالي 2 / 114 .

### القول الأول :

إذا قصرت المدة لا تكون حرما ، وإذا طالت تكون إحتكارا محرما لتحقيق الضرر وهى مقدرة بأربعين يوما ، وذلك اعتمادا على ظاهر حديث عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : من إحتكر طعما لأربعين ليلة ..... الحديث (1).

فمن حبس طعاما أو ما يحتاج الناس إليه ولو أضر بهم منعه أقل من أربعين يوما لا يعد محتكرا ، وقال الإمام الشوكاني : لم أجد من ذهب إلى العمل بهذا العدد (2)

### القول الثانى :

أقل مدة الإحتكار شهر ، لأن ما دونه قليل عاجل ، والشهر لما فوقه كثير أجل وأقل : من حبس ما يحتاج الناس إليه أكثر السنة يعد محتكرا .

### القول الثالث :

الإحتكار إحتكار طالت المدة لم قصرت ، والمحتكر آثم ، لأن القليل والكثير سواء فى حق الحرمة لتحقيق الظلم ، والتقييد فى الحديث المذكور لا يراد به التحديد ، بل المراد جعل للمحتكر الإحتكار حرفة يقصد بها نفع نفسه وإلحاق الضرر بغيره .  
وقد قيل : إن المدة للمعقبة فى الدنيا ، أى أن تقدير مدة الإحتكار للمعاقبة فى الدنيا فيحزره الإمام ويهدده ، ويجبره على البيع دفعا للضرر وإلا باع الإمام جبرا عنه ، أما الإثم والذنب فيحصل بالحبس وإن قلت للمدة (3).

---

(1) الحديث : سبق تخريجه ص 170 .

(2) يراجع : الهداية شرح البداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 58 / 10 ، نيل الأوطار 5 / 263 .

(3) يراجع فى الأقوال السابقة : الهداية شرح البداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 58/10 ، بدائع الصنائع 5 / 193 ، تبين الحقائق وحاشية الشافى 6 / 27 / 28 ، المنقلى 5 / 16 ، تكملة المجموع للمطبعى 13 / 48 ، الفروع 4 / 53 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، وسائل الشريعة 12 / 312 ، نيل الأوطار 5 / 263 .

فالإحتكار إحتكار طالت المدة أو قصرت مادامت مضرة بالناس وكانوا فى حاجة إليه فإذا لم تتوافر الشروط السابقة فلا يحرم الإحتكار . لأنه لا مضرة فيه ، أما إذا توافرت فإنه يكون محرما ، ويؤمر بالبيع للشئ المحتكر ، فإن أبى بـاعه القاضى جبرا عنه ، وهذا أوضحه فيما يلى :

### ثانيا : تملك الأشياء المحتكرة جبرا على محتكرها :

إن أحوال الناس عرضة للتغيير والتبديل من سعة إلى ضيق ، ومن ضيق إلى سعة ، كما أن الأسعار تتغير وتتبدل ، لأن ذلك من سنة الله فى خلقه ، فإن حدث أن أخذ الله الناس بالبنين ونقص من الأموال والشرات ، فإنه على أصحاب الكموات والحاجات المنخرة أن يخرجوها لعباد الله تفريجا للكرب طوعا واختيارا منهم بوزاع دينى يفرسه فى نفوسهم الأحاديث الدالة على تحريم الإحتكار والتهديد والوعيد بالعذاب الشديد .

وذلك من أجل رفع البلاء والضيق عن الناس ما أمكن ذلك ، ويكونوا عن الإحتكار رغبة ورهبة مقدرين أن ما عند الله خير وأبقى ، لأنه ما سمح لهم بالشراء والاندثار فى الأوقات العادية إلا ليكون ذلك تفريجا للمضطرين عند الضرورة ، وإلا كان إبدارهم هذا إحتكارا .

فإن لم يستجيبوا للوزاع الدينى الذى ينبع من أصل عقيدتهم لضعف فى نفوسهم أو لسيطرة المادة على عقولهم ، حتى أصبحت الدنيا فى قلوبهم استغلالا لظروف معينة جريا وراء بريق الدنيا وزخرفها الخادع .

فهنا يتدخل ولى الأمر من أجل رعاية المصلحة العامة التى هى أساس ولايته على الرعاية فيأمرهم بإخراج ما عندهم تقدما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

ويأمر المحتكر بالبيع لما فيه من إضرار بالمسلمين ولما ثبت من تحريمه ، ولا يجوز للحاكم تقريره على الحرام بتركه يتحكم فى أرزاق المسلمين ، وتركهم يتلهفون من الجوع صيانة لهذا المحتكر الخاطئ المضر للمسلمين .

فإن امتنع المحتكر عن بيع ما احتكره والناس في حاجة إليه طواعية واختيارا فإنه يرفع أمره إلى القاضي أو من يتولى أمر المسلمين ، فيأمره ببيع ما فضل عن قوته وقوت من يحولهم على اعتبار السعة في ذلك رفعا للظلم الذي أحدثه بالاحتكار فإن امتثل فيها ونعت .

وإن امتنع ولم يفعل ما أمره به ولي الأمر أو القاضي ، رفع أمره إليه مرة ثانية ويؤخذ إلى السلطة المختصة فتعظه وتهده ، فإن لم يمتثل إلى أمر القاضي ورفع أمره إليه مرة ثالثة ، فإنه يحبس ويحزره بما يراه مناسبا حتى يمتنع عن الاحتكار ونزيل الضرر عن الناس .

فإذا خالف وأصر على الامتناع عن البيع .

فلقد اتفق الفقهاء على أن القاضي يجبره على بيع ما احتكره بنفسه ، لأنه تعلق به حق العامة من الناس ، فإذا امتنع فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وحرام فيجبره القاضي عليه إزالة للظلم عن الناس وتحقيقا للربح المعقول للتاجر توفيقا بين المصلحتين .

فإذا امتنع عن البيع بنفسه فهل يبيع القاضي جبرا عنه أم لا ؟

قيل : على الخلاف الذي سبق أن أوضحناه في بيع مال المدين جبرا عنه <sup>(1)</sup>.

وخلصته أنه على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء " المالكية والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية أو الإمامية ، والإباضية " ، أن القاضي يبيع مال المحتكر جبرا عنه .

القول الثاني : ذهب إليه " أبو حنيفة " ، أن القاضي لا يبيع ، لأنه لا يرى الحجر على الحر البالغ والحقيقة أنه لا خلاف بين الفقهاء جميعا فيبيع القاضي هنا مال المحتكر اتفاقا إن امتنع عن البيع بنفسه ، لأن أبا حنيفة - يرى الحجر لدفع الضرر كالحجر على الطبيب الجاهل ، فإنه يرى الحجر في مثل هذه الحالة دفعا للضرر

(1) يرجع : ص 66 وما بعدها .

عن العامة، وقال ابن حزم الظاهري : يتمتع من الحكرة المضرة بالناس في الشراء وفي إمساك ما لشترى ، ولم يتطرق إلى البيع جبرا ، ولكن يفهم منه أنه إن امتنع بجبر على البيع ، ولقد قيل : إيجاب المحتكر على البيع جائز إن لم يكن واجبا ، لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهما واجبان على كل مكلف<sup>(1)</sup>.  
فلذا يبيع القاضى أو من ينبيه عنه مال المحتكر أو الأشياء المحتكرة الزائدة على قدر حاجته وحاجة من يعولهم وتملك لمن هم فى حاجة إليها جبرا عن أصحابها بثمنها أو بقيمتها .

ولقد اتفق جمهور الفقهاء ( الحنفية، الشافعية، الحنابلة، الزيدية، الإمامية) على أن الشيء المحتكر يباع بقيمة المثل ، ويعفى من الزيادة التى يتغابن فى مثلها، أو بالسعر الذى كان ساريا قبل الاحتكار عدلا حتى لا يضار هو ولا الناس<sup>(2)</sup>.  
وذهب المالكية والإباضية إلى أنه يجبر على البيع ، أو يباع عليه بالسعر الذى كان قد اشترى به ، وإن لم يعرف بيع بسعر يوم احتكاره ، لأنه واجب عليه وللحكم أن يبيع بنفسه أو نائبة دون أن يجبره على البيع ويحرم المحتكر من الربح. ويؤخذ منه عقوبة له على معصية الاحتكار ومعاملة بالتقيض ، ويتصدق بالربح أدبا لهم ، وقيل : لا يبيع أكثر مما اشترى ولو باع بربح أخذ منه الربح وليس لهم إلا رؤوس أموالهم<sup>(1)</sup>.

---

(1) يرجع فيما تقدم : الهداية والحنابلة بهامش تكملة شرح فتح القدير 58/10 ، بدائع الصنائع 5/ 193 الفتاوى الهندية 3/ 213 - 214 ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى 6/ 28 ، المنقى للبايى 5/ 17 حاشيتى الشرولى والعبادى 4/ 318 ط : دار الفكر ، حاشية الجمل 3/ 93 ، تكملة المجموع للطيمى 13/ 48 كشف القناع 3/ 188 ، الإحصاف 4/ 399 ، الفروع 4/ 54 ، مطالب أولى النهى 3/ 64 ، المحلى 7/ 572 ، البحر الزخار 4/ 319 ، 320 ، الروض للنعير 3/ 308 ، السيل الجرار 3/ 80/ 81 ، شرائع الإسلام 2/ 21 ، المبسوط للطوسى 2/ 195 ، الفروضة لندية 2/ 104 ، شرح كتاب التميز 179/8 ، 180 ، الفقه الإسلامى ولئلته للزحلى 4/ 2694 ، شرح الفتاوى لصحيح مسلم 11/ 221 .  
(2) يرجع : تبين الحقائق 6/ 28 ، مختصر اختلاف العلماء للطحاوى 3/ 422 ، معنى المحتج 2/ 53 ، مطالب أولى النهى 3/ 64 ، كشف القناع 3/ 188 ، الفروع 4/ 54 ، السيل الجرار 3/ 80. البحر الزخار 4/ 319 ، 320 ، المبسوط للطوسى 2/ 195 ، الفقه الإسلامى للزحلى 4/ 2694 .

أما إذا خاف الحاكم هلاك أهل البلد وخاف تلف الطعام المحتكر ، أخذ من المحتكرين جبرا عنهم وفرقه عليهم للضرورة .

فإن تبدلت الأحوال وأصبحوا في سعة من العيش ، وبسط الله عليهم الرزق ، رنوا مثل ما أخذوا إن كان مثليا <sup>(2)</sup> أو قيمته وقت توزيع الشيء المحتكر إن كان قيميا <sup>(3)</sup> وليس هذا حجرا وإنما هو للضرورة .

وقيل ، يجبر على بيعه قايما على من اضطر إلى مال غيره وخاف الهلاك ، فإنه يجوز له أخذه بخير رضا جبرا عنه ، ويجوز قتل المحتكر عند الإمتناع عن البيع . فإن قتل المضطر إلى الطعام فهو مظلوم ، وإن قتل صاحب الطعام فتمه هدر ، لأن ما كان سببا للحرام فهو حرام ، لأن بامتناعه عن بذله للمضطرين إليه إعانة على قتلهم ، وقد نهم الله على منع ذلك بقوله تعالى : ﴿ ويمنعون الماعون ﴾ <sup>(4)</sup> ، والمسلمون متكفلون متعاونون على السراء والضراء مصداقا لقوله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ..... ﴾ <sup>(5)</sup> .

---

(1) يراجع : المنقلى للباي 17 / 5 ، شرح كتاب النيل 8 / 179 ، 180 ، الفقه الإسلامى وليلته للزحيلي 2695 / 4 .

(2) المثلى لغة : من له مثل شكلا وصورة من أصل الخلقة كالحيوب ، ويستعمل على ثلاثة أوجه : للشبيهة ، نفس الشيء ، ذاته ، ولا تكون المماثلة إلا بين المتقنين فنقول : نحوه كنحوه وفقهه كفقته بخلاف المساواة فإنها تكون بين المتقنين في الجنس والمختلفين ..... واصطلاحا : كل ما حصره كيل أو وزن أو عدد .

يراجع : المصباح المنير 334 ، المعجم الوسيط 890 ، 891 ، مخني المحتاج 2 / 381 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 37 .

(3) القيمي لغة : للقدر فيقال : قيمة الشيء قدره ، وقيمة المتاع شنه ، جمع قيم . واصطلاحا : ما خيز وجاز الإنتفاع به شرعا في حال السعة والاختيار . كالنفود ، والعروض والدرر أو هو ما لا يكال أو يوزن ، وما ليس له مثل ، وما لا يقدر من الأموال .

يراجع : المعجم الوسيط 803 ، 802 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 34 ، 38 .

(4) الآية رقم 7 من سورة الماعون .

(5) حزه من الآية رقم 2 من سورة المائدة .



هذا وقد اتضح أن المحتكر يجبر على البيع ، أو يباع ما احتكره جبرا عنه ، وفي ذلك إخراج للسلع من ملكه بغير رضاه ويملكها المستحقون لها أو المحتاجون إليها جبرا عن أصحابها دفعا للضرر عنهم ، لأنهم في حاجة إليها ، ومثل هذا الإجراء من جبر المحتكر يرد كيدته في لحره ، ويحرم من الربح المتوقع في نظره ماديا ، ومعنويا بتوبيخه واحتقاره من قبل الحاكم والناس ، وذلك كفيل بأن يردّه إلى صوابه ويمنعه من الاحتكار (1) .

---

(1) يراجع : تبين الحقائق وحاشية الشاذلي 6/ 28 ، بدائع الصنائع 5/ 193 ، الفتاوى الهندية 3/ 213 ، 214 ، الموافقات للشاذلي 3/ 257 ، كشف القناع 3/ 188 ، مطالب أولي النهى 3/ 64 القروع 4/ 54 ، الروض التنوير 3/ 308 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3/ 142 ، شرح كتاب النيل 8/ 179 ، شرح النووي لمصحيح مسلم 11/ 221 ، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 4/ 2615 ، 2695 ، بحوث فقهية معاصرة د / محمد الأشقر 2/ 491 ، الطرق للحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم 252 ، تحقيق محمد جميل ط : دار المنذرى للطباعة والنشر - جدة السعودية ، ولاية الحبشة في الإسلام د / عبد الله محمد عبد الله 404 .



## الفرع الثانى

### شروط الاحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبراً

### على محتكرها فى القانون الوضعى

تمهيد :

إن المشرع الوضعى لم يتناول الاحتكار بصورته المعروفة عند فقهاء المسلمين ، ولكنه حاول معالجة بعض صور الاحتكار عن طريق عقود الإذعان التى نظمها ، والتى استحدثت فى بداية القرن الماضى .

ومن خلال معالجة المشرع الوضعى لبعض صور الاحتكار يتضح أن السلع المحتكرة والتى يتحكم فيها أصحابها قد تملك جبراً عنهم لمن هم فى حاجة إليها عن طريق تدخل القاضى بسلطته التى منحها له القانون بتعديل الشروط التيسيرية أو الإعفاء منها لصالح الطرف المذعن ، أو تفسير الغموض الموجود فى العقد لصالحه ، وهذا ما سأوضحه فيما يلى :

كيفية معالجة المشرع الوضعى لبعض صور الاحتكار :

لقد ألزم المشرع الوضعى الطرف القوى فى عقد الإذعان والذى يصدر منه الإيجاب بمراعاة ما يلى :

1 - أن يصدر الإيجاب فى صورة قاطعة مشتملاً على كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية .

2 - أن يكون الإيجاب عاماً موجه إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة .

3 - أن يكون الإيجاب دائماً يصدر على نحو مستمر .

4 - أن يكون الإيجاب حتمياً فمن يحتكر سلعة أو مرفقاً يعتبر من الضروريات الأولية للجمهور يتحتم عليه أن يكون فى حالة إيجاب طوال مدة الاحتكار .

ففى حالة الاحتكار القانونى يكون على المحتكر بمقتضى عقد الإلتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة أن يقدم السلعة أو يؤدى الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور .

وفي حالة الاحتكار الفعلي كذلك مادام الأمر يتعلق بسلعة ضرورية أو مرفق ضروري ، فكلما تكدت صفة للضرورة بالنسبة إلى العمل الذي يقوم به المحتكر كان مطالبا بسد حاجات الجمهور في شأنه .

وإذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه ، إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يحددها العقد .

وإذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع وإلا كان متسببا في هذا لرفض وترتب مسئوليته<sup>(1)</sup>.

وإن كان للموجب أن يرفض القبول في بعض الصور لسبب مشروع فأساس ذلك أن تكون هناك تحفظات ضمنية في الإيجاب تتعلق بصالح العمل الذي يقوم به ، فيكون استعداد الموجب للتعاقد في حدود طاقة المشروع كما هو الحال بالنسبة لمصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين إذا كانت الأماكن قد نفذت<sup>(2)</sup>.

فالمشرع الوضعي قد أضفى على الطرف الضعيف في عقود الإذعان وأولاهم بعض الاهتمام ، حينما وضع لهم بعض الحماية عند التعامل مع المحتكرين نظرا لضعف مركزهم القانوني والاجتماعي ، واعتبر عقد الإذعان عقدا صحيحا واعتد بقبول الطرف المذعن لمشينة للطرف الآخر فلم يغفل عن أنه قد ميز هذه العقود بطبيعة خاصة تقوم على التفاوت بين مركز كل من طرفيه ، حيث يوجد أحدهما في

---

(1) يراجع : النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد د / عبد الرزاق السنهوري 280 - 282 ، مصادر الالتزام د / عبد المنعم فرج الصدة 111 وما بعدها ، مجموعة أحكام محكمة النقض طين 936 لسنة 37 ق ، نقض منفي جلسة 1974/3/12 حيث قررت أن الإعلان عن إنتاج سيارة يعد إيجابا بالبيع لازما لشركة المعلقة .

(2) يراجع : مصادر الالتزام د / عبد المنعم فرج الصدة 111 - 113 ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية عقد د / السنهوري 280 - 282 .

مركز سيادى إلى الآخر سمح له أن يملأ شروطه وليس للأخر إلا الرضوخ والإذعان لمشيئته .

ولقد أدى هذا الاعتبار إلى وضع المشرع أحكاما تستهدف حماية الطرف المذعن وتتمثل هذه الحماية التى يسبغها القانون على الطرف الضعيف فى عقود الإذعان فى مظهرين أساسيين هما :

### 1 - الحماية من الشروط التسعفية ( سلطة القاضى فى تعديل شروط عقود الإذعان أو الإعفاء منها ) .

فبعد الإذعان فى حقيقة من إعداد محتكر السلعة أو الخدمة الذى أملى شروطه على الطرف المذعن فمن الممكن أن يتضمن شروطا تصفيه جائزة لهذا الأخير ، وهذا ما يحدث بالفعل فى الواقع ، مما دعا الفكر القانونى والمشرع الوضعى إلى أن يعمل جاهدا إلى حماية الطرف المذعن من تلك الشروط .

حيث نصت المادة 149 من القانون المدنى بقولها :

" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تصفيه ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

فمن خلال هذا النص يتضح أن للحماية التى وضعها المشرع الوضعى للطرف المذعن تتمثل فى سلطة القاضى فى تعديل العقد إذا تضمن شروطا تصفية تحمل طابع الشدة والجور وتلحق بالطرف المذعن .

وإن كان فى الأصل أن سلطة القاضى تقف عند التفسير ، فأباح له المشرع الوضعى عند طلب الطرف المذعن ورفع الأمر للقاضى طالبا الحكم بتعديل الشروط بما يرفع عنه إجحافها أو بإعفائه منها على نحو ما تقتضيه العدالة <sup>(1)</sup> .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 2/ 291 ، دروس فى مصادر الالتزام د / لاثين القليانى 66 ، الوافى فى شرح القانون المدنى - نظرية العقد د / سليمان مرقس 184 ، 185 ، مصادر الالتزام د/ رمضان أبو السعود 84 .

فإذا بان للقاضي أن العقد يشتمل على شرط تصفي كان له بمقتضى هذا النص أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تصف ، بل له أن يعفى الطرف المذعن منه إعفاء تاما وليس هناك حدود لما يراه في هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة .

وهذا النص يعتبر أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التصفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فعلى .

ويجوز للطرف المذعن طلب تلك الرخصة في أى حالة كانت عليها للدعوى أمام قاضى الموضوع ، ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن التمسك بها يتخالف مع واقع ، ولا يجريها للقاضى من نفسه بل لابد من طلب الطرف المذعن .

وتقدير ما إذا كان الشرط تصفيا مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى ما فى الشروط من جور وشدة .

وتعتبر الشروط تصفية إذا كانت متجافية مع ما ينبغى أن يسود للتعامل من روح الحق والعدل .

وتثبت حماية الطرف المذعن من هذه الشروط ولو كان يعلم بها وقت التعاقد ورضى بها .

وهذا الحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن فى طلب تعديل الشروط التصفية التى يتضمنها العقد أو الإعفاء منها متعلق بالنظام العام فثبت له ولو اتفق على غير ذلك أو سلب القاضي هذه السلطة كان هذا الإتفاق باطلا ، لأن هذا الحق يستهدف حماية الضعفاء من الناس من جور القوى الاقتصادية الكبرى<sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : مصادر الالتزام د / عبد المنعم الصدة 120 ، موسوعة القانون المدني - نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقي 212 - 215 ، عقد الإذعان بحث منشور فى مجلة كلية شريعة ولقانون بطنطا د / لاشين اغايتي العدد الأول ص 32 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د/ محمود زكى 319 . الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام د/ عبد الوود يحيى 45 . مجموعة أحكام محكمة النقض س 21 ص 305 قاعدة رقم 214 طعن 169 لسنة 36 ق نقض سننى جلسة 31 / 12 / 1970م ، طعن 271 لسنة 33 ق نقض منى جلسة 30 / 5 / 1967م .

## 2 - تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن :

لا تقتف حماية المشرع الوضعى للطرف المذعن عند تخويله الحق فى طلب تعديل الشروط التصفية التى قد يتضمنها العقد أو إعفائه منها من للقاضى، بل قرر له مظهرا آخر من مظاهر حمايته إياه ، يتمثل فى وجوب تفسير الشك إن وجد لمصلحته .

وفى ذلك تنص المادة 151 الفقرة الثانية بقولها :

" ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

فمن خلال هذا النص يتضح أنه عندما يتسم شرط من شروط عقد الإذعان بغموض، ولم تسعف طرق التفسير للقاضى فى تبديد هذا الغموض وإزالته ، وبقي ثمة شك فيما أراده العاقدان من عبارة الشرط .

وجب على للقاضى تفسير هذا الشك فى مصلحة الطرف المذعن وذلك دائما وفى كل الأحوال ، ولا يجوز أن يكون ضارا به .

لأن الأصل أنه عند الشك تفسير العبارة الغامضة لمصلحة المدين (1).

ولكن استثنى المشرع الوضعى من ذلك عقود الإذعان حيث يتعين التفسير لمصلحة الطرف المذعن دائما أو مدينا ، لأن الطرف القوى هو الذى ينفرد بتحرير العقد ولديه من الوسائل ما يستطيع به أن يورد عبارات غاية فى الوضوح ، فإذا شابها غموض كان ذلك راجعا إليه ، وعليه يقع تبعه ما فيها من لبس أو غموض ، والطرف المذعن لا يدل له فى وضع شروط العقد .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 2/ 299 ، مصادر الالتزام د / رمضان أبو السعود 84 .

وتحديد معنى للشك ومتى يوجد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ولا يجوز التمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضرارا به ، لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(1)</sup>.

فمن خلال ما سبق وبعد بيان كيفية معالجة المشرع الوضعى لبعض الصور الاحتكارية فى عقود الإذعان عن طريق تعديل الشروط للتعسفية أو الإعفاء منها ، أو تفسير الشك أو الغموض لصالح الطرف المذعن يتضح أنه قد يكون فى ذلك تمكلا جبريا للسلع والمراقق للطرف المذعن جبرا عن المحتكر ، لأنه ما تعاقدا إلا بناءً على شروط وضعها مسبقا فإذا ما سلبت أو عدلت فيكون قد تعاقدا على غير إرادته وخرجت السلعة إلى الغير جبرا عنه .

---

(1) يراجع : مصادر الالتزام د / عبد الملحم الصدة 120 . 323 ، نظرية العقد والإرادة المنفردة د/ عبد الفتاح عبد الباقي 215 - 216 ، نظرية العقد د / سليمان مرقس 186 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 312 ، الموجز فى النظرية العامة - مصادر الالتزام د / عبد الوهيد يحيى 46 ، الوافى فى شرح القانون المدنى - عقد البيع د / سليمان مرقس 126 ط : عالم الكتب - طبعة الرابعة 1980م .



### الضرع الثالث

#### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

#### من شروط الاحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبرا على محتكرها

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من هذه المسألة يتضح لى مايتلى :

1 - لقد ذهب جمهور الفقه الإسلامى إلى تحريم الاحتكار إذا توافرت شروطه من حبس السلع والخدمات التى يحتاج الناس والدواب إليها حتى تتعذر من السوق أو يرتفع سعرها ، وأن يكون فلتضا عن حاجته وحاجة من يعولهم سواء كان مشتري من السوق أو من الخارج أو منتجا من صنيعته .

أما القانون الوضعى فكما قلت أنه لم يتناول الاحتكار بصورته المعروفة عند فقهاء المسلمين ، وإنما تناوله فى صورة عقود الإذعان وألزم للطرف اللوى فى هذه العقود - الموجب - ببعض الشروط التى تحتم عليه أن يكون فى إيجاب دائم موجه إلى الجمهور عامة ، وبشروط متماثلة ، وفى صورة قاطعة ، وحتميا ، وأن يقدم السلعة أو المرفق لمن يطلبه من الجمهور ، ولا يجوز له أن يرفض قبوله إلا لسبب مشروع وإلا كان متصفا .

2 - لقد حارب الفقه الإسلامى الإحتكار منذ زمن بعيد عن طريق جبر المحتكر على البيع بشتى الطرق والوسائل ، وهذا أمر لم يتناوله المشرع الوضعى فى عقود الإذعان صراحة كما فعل الفقه الإسلامى .

3 - لقد تناول الفقه الإسلامى معالجة هذا اللداء الخطير الذى يزعزع الأمن والاستقرار الاقتصادى فى البلد بإجبار المحتكر للسلع والخدمات على بيعها بسعر السوق العادل الذى لاوكس فيه ولا شطط ، وإن كانت أحاديث الإحتكار لم تتناول عقوبة دنيوية أو أحكام قضائية زاجرة ملزمة تقاوم الإحتكار بسلطان الدولة على الرغم من أنه من الكبار ، لأن النصف فى استعمال الملكية أو الحرية العامة فى التملك يرقى إلى مستوى الكبائر إذا

كان بنية الإضرار بعامة المسلمين ومصالحهم فيما يحتاجون إليه من مرافق معاشهم وإلا فلم كان الوعد الشديد بالإلقاء في عظيم نار جهنم<sup>(1)</sup>.

وغير ذلك من اللعن والطرْد من أنواع التهديد ، إلا أن بعض فقهاء المسلمين ذهبوا إلى أن المحتكر الممتنع يجبر على البيع ، فإن أبى حبسه القاضى وعزّره حتى يبيع بنفسه فإن امتنع باع الحاكم عليه وفى ذلك إخراج للسلع من ملكهم وتملكها لغيرهم جبرا عنهم .

أما المشرع الوضعى وإن أجاز مثل هذه العقود - عقود الإذعان - إلا أنه لم يطلق الحرية للطرف القوى ليحدد ما يشاء من غلاء السعر وللتحكم فى السلع والخدمات .

لذا قد وضع من النصوص ما يحمى به الطرف المذعن - الضعيف - ويوجب على القاضى إذا طلب منه أن يحقق مبدأ العدالة بين الطرفين وذلك بالإعفاء أو التعديل للشروط التيسفية فى العقد ، وجعل له عند غموض شروط العقد أن تفسر لمصلحة الطرف المذعن دلتنا أو مدينا ، إلا أنه لم يتناول البيع جبرا للسلع والخدمات المحتكرة بصورة واضحة كما فعل الفقه الإسلامى ، وإن كنت أرى أن فى سلب الشروط التيسفية أو تعديلها وتفسير الغموض فى الشروط لمصلحة الطرف المذعن يكون قد تملك الشيء المحتكر جبرا عن المحتكر ، لأنه ما رضى بالتعاقد إلا بناءا على الشروط الموضوعية سلفا ولتى فى صالحه فإذا ما سلبت أو عدلت لمصلحة الطرف الآخر فيكون قد تم التعاقد على غير إرادته وخرجت السلعة أو الخدمة من يده إلى غيره وتملكها جبرا عنه .

4- لذا كان موقف القانون الوضعى قريبا من موقف الفقه الإسلامى ومتقفا معه من حيث المبدأ فى تحريم الاحتكار وتجريمه وتوقيع العقاب على الممتنع عن البيع.

(1) يراجع : بحوث قهية مقترنة د / محمد فتحى الدرينى 1 / 491 .

5- وإن كنا نفتقد إستصدار قانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية يمنع الاحتكار بصورته المعروفة اليوم حتى يكون رادعا لمن تسول له نفسه أن يتحكم فى أرزاق الناس وأقواتهم ، لأن عقد الإذعان لا يخدم مصالح الجمهور كافة بقدر ما يخدم مصالح المحتكر .

6 - لقد قال بعض فقهاء القانون : " إن الاحتكار الذى هو أساس عقود الإذعان من المنكرات التى نهى عنها الشارع الحكيم ، لأنها ذريعة للتضييق على الناس . ومنكر فى ذاته وظلم لعموم الناس ، لأن القابل فى عقود الإذعان مكره على العقد ، فرضاء معيب إذ هو مضطر للقبول إذ لا وجه له إلا التعاقد مع هذه الشركات الاحتكارية للسيطرة ، وأن عقود الإذعان لا تخدم مصالح الجمهور بقدر ما تخدم مصالح المحتكرين (1) .

فالواجب على المشرع الوضعى للتدخل السريع لمعالجة هذا الداء الخطير الذى يهدد استقرار البلد الاقتصادى ويحارب الاحتكار والمحتكرين .

---

(1) راجع : عقد الإذعان بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا د / لائين الغاياتى ص 49 للعدد الأول.



## **المبحث الرابع** **بيع الأموال والسلع جبراً على مالكيها** **بالسعر الذى يعينه الحاكم**

وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته .
- المطلب الثانى : شروط الإيجابار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم .

### **المطلب الأول** **تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته**

وفيه ثلاثة فروع :

- الفرع الأول : تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى الفقه الإسلامى .
- الفرع الثانى : تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى القانون الوضعى .
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته

### **الفرع الأول** **تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى الفقه الإسلامى**

**أولاً : تعريف التسعير الجبرى :**

التسعير الجبرى لغة :

التسعير مأخوذ من سعر النار والحرب : هجها وألهمها ، وفى القرآن الكريم (وإذا الجحيم سعرت ) <sup>(1)</sup> وسعر السوق : الحالة التى يمكن أن تشتري بها الوحدة أو ما شابهها فى وقت ما ، وسعر الصرف : سعر السوق بالنسبة لنقود الأمم ،

---

(1) الآية رقم 12 من سورة التكرير .

والسعر : واحد أسعار الطعام ، وسعرت الشيء تسعيرا : جعلت له سعرا معلوما ينتهي إليه ، وسعر السلعة : حدد سعرها ، والسعر : ما يقوم عليه الثمن ، ويقال : له سعر : إذا زادت قيمته ، وليس له سعر : إذا أفرط رخصه ، والجمع : أسعار ، وسمى الثمن سعرا ، لأنه على ارتفاع غالبا ، والتسعير : تقدير السعر <sup>(1)</sup> وجاء في المعجم الوسيط : أن التسعير الجبرى هو :

" أن تحدد الدولة بمالها من سلطان ثمنا رسميا للسلع لا يجوز للبائع أن يتعداه ، وهو منسوب إلى الجبر بمعنى الإكراه " <sup>(2)</sup>.

ولقد فرق بعض الفقهاء بين الثمن والقيمة والسعر فقالوا :

الثمن : هو العوض الذى يؤخذ على التراضى فى مقابلة المبيع عينا كان أو سلعة ، أو القدر الذى يساوى قيمة المبيع فى الواقع .

والقيمة : ما تقوم به المبيع فى السوق ، وقد تزيد عن الثمن وقد تساويه وقد تنقص عنه .

والسعر : ما يكون نتيجة المساومة فى البيع ، أو القدر الذى يتحدد فى السوق حسب العرض والطلب بصرف النظر عن مساوئه لقيمة المبيع فى الواقع ، والسعر هو الذى يوصف بالرخص والغلاء لا للثمن .

والسعر نوعان : أحدهما : ما يكون طبيعيا دون تحكم أو افتعال من أحد ، وسمى بالسعر التلقائى للحر ، والثالثى : ما يكون من قبل السلطان - الدولة - بأن يأمر الرعية بأن لا يبيعوا إلا بقدر معلوم ، وهذا النوع هو التسعير المفروض المحدد ، وما يسمى بالتسعير الجبرى <sup>(3)</sup>.

---

(1) يراجع : نسان العرب 4/ 365 باب لواء فصل السين ، 9 ، حيط 2/ 49 باب الرء فصل السين ، مختار الصحاح 150 ، المصباح المنير 167 ، المعجم الوسيط 456 .

(2) يراجع : السعد الوسيط 126 ، 456 .

(3) يراجع : أمثلة المعاملات الشرعية للشيخ / على الخفيف 16+ ، بحث مقارنة فى الفقه الإسلامى

د / محمد فتحي ثنبريني 1/ 532 ، المعجم الوسيط 121 .

التفسير الجبرى شرعا :

عند الأحناف : لم يتعرضوا لتعريفه ولكن يستنبط من أقوالهم : أنه تحديد الحاكم لنا للسلع وإلزام الناس به (1).

ولقد عرف المالكية التفسير بأنه : تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرا للمبيع بدرهم معلوم ، وقيل هو : أن يحدد الحاكم لأهل السوق سعرا يبيعوا به فلا يتجاوزوه (2).

وعرفه الشافعية بأنه : أن يأمر لوالى السوق - أهل السوق - بأن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا ، وقيل هو : جعل سعر معلوم ينتهى إليه ثمن الشيء (3).

وعرفه الحنابلة بأنه : أن يسعر الإمام أو نائبه على الناس سعرا يجبرهم على التتابع به أى بما سعره ، وقيل : تقدير السلطان أو نائبه للناس سعرا ويجبرهم على التتابع به (4).

وعند الظاهرية : لم يتناولوا تعريفه ، ولكن يفهم من كلامهم أنه تحديد وجعل ثمن للسلع يتتابع به الناس (5).

وعرفه الزيدية بأنه : أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولى من أمر المسلمين أمرا أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنعوا من الزيادة عليه أو نقصان لمصلحة (6).

---

(1) يراجع : الدر المختار بهامش حاشية رد المحتار 6/ 719 ، الفتاوى الهندية 3/ 214 .

(2) يراجع : شرح حدود ابن عرفة 1/ 356 . المنقلى للبايى 5/ 18 .

(3) يراجع : حاشية الشروانى 4/ 319 ، منقلى المحتاج 2/ 53 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 29/ 13 .

(4) يراجع : كشف القناع 3/ 187 ، مطالب أولى النهى 3/ 62 ، الشرح الكبير بهامش المنقلى 4/ 45 ط : دار الكتاب العربى .

(5) يراجع : المحلى 9/ 40 مسألة 1554 ط : دار الفكر .

(6) يراجع : السيل للجرار 3/ 81 ، نيل الأوطار 5/ 260 .

وعند الإمامية والإباضية يستتبط أن أقوالهم أن التسعير هو : تحديد أثمان السلع وتقديرها للناس على أن يلتزموا بها <sup>(1)</sup>.

نظرة في التعاريف السابقة :

بالنظر في التعاريف السابقة للتسعير يتبين ما يأتي :

1 - أن جميع التعاريف اتفقت على أن التسعير يكون مصدره الحاكم أو المسئول عن الدولة ، أو من يقوم مقامه من حاكم السوق الذي يعين من قبل الدولة للقيام بشئونه .

أما التسعير الصادر من موظف غير مختص أو جماعة أو لجنة غير مسئولة . فلا يكتسب صفة المشروعية ، ولا يجب على الرعية الإمتثال لأحكام التسعير ونفاذها ، لأنها صادرة من شخص أو جماعة غير مسئولة ، ولا يجب على الرعية طاعة الأمر أو من ينوب عنه ، لقوله تعالى ﴿ وَاَطِيعُوا أَمْرَ اللَّهِ وَأَمْرَ الْمُرْسَلِينَ ۚ فَمَنْ تَوَلَّى بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ يَحْمِلُونَ وِزْرَهُمْ ۚ وَمَا يَحْمِلُ وِزْرَهُمْ بِشَيْءٍ ۚ وَلَئِنْ جُمِعُوا عَلَيْهِمْ أَلَيْسَ بِالْعَظِيمِ ۚ ۝٢٠٠﴾ <sup>(2)</sup>.

غير أن جهاء الإمامية أجازوا التسعير لجماعة عدول من المسلمين إذا تعذر الوصول للحاكم أو نوابه <sup>(3)</sup>.

إلا أنه لا أساس لوجوب طاعة غير المسئول شرعا ، لأنه لا ولاية يقرها الشارع الحكيم لهم ، منعا للفضى التي لا يستقيم معها أمر المجتمع .

2 - لقد تناولت التعاريف السابقة للتسعير المسعر عليهم بأنهم أهل السوق ، إلا الحنابلة ، فلم يخصصوا التسعير بأهل السوق ، بل أطلقوا ذلك بقولهم : على الناس ، حتى يكون التسعير من المؤيدات الواقية من الاحتكار أو العلاج من الاحتكار بعد وقوعه <sup>(4)</sup>.

(1) يراجع : وسائل الشريعة 2 / 317 ، فقه الإمام جعفر 3 / 146 ، التلخيص 13 / 662 ، 663 .

(2) جزء من الآية رقم 59 من سورة النساء .

(3) يراجع : وسائل الشريعة 12 / 316 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 145 .

(4) يراجع : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية 352 ، 354 .



3 - لقد تناول تعريف الملكية التسعير وخصه بالماكول ، وقيل : يختص بالمكيل والموزون إذا اتفقا في الجودة، وإذا اختلفا : فلا يختص بهما تسعير ، واختص بهما التسعير لأنه يرجع فيهما إلى المثل فيحمل الناس فيه على سعر واحد ، وغيرهما يرجع إلى القيمة ويكثر الإختلاف فيها<sup>(1)</sup>.

وجاء تعريف الشافعية والزيدية أوسع من تعريف الملكية إلا أنه قصر التسعير على الأمتعة دون غيرها مما يضر بالناس لاحتباسه والمغالاة في ثمنه ، أو أجرة من منافع وأعمال كسكنى وإجارة.

وجاء تعريف الحنابلة مطلقا فلم يفرق بين الأمتعة وغيرها .

4 - لقد تناولت التعاريف عنصر الإيجاب الذي هو أساس التسعير الجبري المشروع لمنع المغالاة في الأسعار ، وإن كان جاء صريحا في تعريف الحنابلة ، إلا أنه جاء عند الزيدية والشافعية : بأمر السلطان ، وأمر السلطان واجب التنفيذ لملكه من حق الطاعة ، وكذا عند المالكية ، بعدم تجاوز تحديد الحاكم ، لأن في ذلك مخالفة لولي الأمر .

5 - لقد تناولت أكثر التعاريف التسعير بأنه : أن يسعر ، أو يبيعوا بسعر كذا ، وهذا يؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة لا تصل منه إلى شيء ، ولو قالوا : أن يقدروا ، أو بقدر معين لكان أدق من قوله بسعر كذا ، حتى لا يدخل المعرف بلفظه في التعريف .

6 - لقد ذكر الزيدية في تعريفهم عدم البيع بالزيادة ولا النقصان ، أما الزيدية فللضرر العام ، وأما النقصان ، فلا حاجة لهذا القيد ، وخاصة في أوقات الشدة، حيث يجوز البيع بالنقصان ، لأن ذلك من حكمة تشريع التسعير ، لأنها نفع للناس ، وتخفيف الشدة عنهم بالوفاء بحاجتهم بعوض المثل ، ومنع المالكية

---

(1) يراجع : المنقلى للهاجى 5 / 18 .

نقص السعر لمضاربة التجار والإضرار بهم لأن ذلك نوع من المناهضة غير المشروعة<sup>(1)</sup>.

وبعد هذه الملاحظات السابقة على تعريف التسعير الجبرى عند الفقهاء ، أرى أن أفضل تعريف للتسعير ما ذكره بعض الفقهاء المحدثين وهو :

" أن يصدر الإمام أو من يقوم مقامه أمراً بأن تباع السلع أو تبذل الأعمال والمنافع التى تفيض على حاجة أصحابها ، وهى محتبسة أو مغالى فى ثمنها أو أجرها على غير الوجه المعتاد وكان الناس أو الحيوان أو الدولة فى حاجة إليها ، بثمن أو أجر معين - - - - - يسيرة أهل الخبرة .

ويؤخذ من هذا التعريف :

- 1 - أن التسعير لا يصدر إلا من موظف مختص تعينه الدولة ، وهذا أمر يتفق مع حاريف.
- 2 - أن التسعير يشمل كل ما يحتاج إليه سواء كان مأكولاً أو غيره ، أو منافع ، وهذا أمر غير متفق عليه .
- 3 - ذكر هذا التعريف شروط التسعير الجبرى من حيث حاجة الناس ، ومغالة الأسعار ، وعدد حاجة أصحابها إليها ، وهذا أمر لم تتناوله التعاريف السابقة .
- 4 - أظهر هذا التعريف عنصر الإجبار بقوله أمراً ، وذلك لمنع التغالى فى الأسعار وهذا متفق عليه .
- 5 - لم يقتصر هذا التعريف على حاجة أهل السوق كما ورد فى بعض التعاريف ، وإنما أطلق ليشمل كل من يحتبس أو يغالى فى ثمنه ويتعلق به حاجة الأمة والبلاد<sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 536 وما بعدها .

(2) يراجع : بحوث قهية مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 542 .

## ثانيا : مشروعية التسعير الجبرى :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الأصل فى التسعير أنه حرام ولا يجوز للإمام أو نائبه أن يصدر أمرا يقضى بتحديد أثمان سلع معينة يلتزم بها التجار لا يزيدون عنها ولا ينقصوا بغض النظر من كونها تحقق لهم ربحا أو خسارة أو لا تحقق لهم هذا ولا ذلك (1).

ولكنهم اختلفوا فى مشروعيته إذا وقع من الإمام أو نائبه ، ومدى التزامهم بما أمر عليهم إذا دعت الحاجة العامة إليه لمقاومة الاحتكار ومحاربة مغالاة التجار أو المالكين وذلك على قولين :

للقول الأول : ذهب إليه " بعض الحنفية منهم الكاسانى ، والإمام مالك فى رواية عنه وللشافعية فى وجه ، وبعض الحنابلة ، والظاهرية ، وبعض الزيدية وبعض الإمامية وبعض الإباضية وعبد الله بن عمر ، وسالم بن عبد الله (2) " ، إلى أن التسعير حرام مطلقا فى جميع الظروف والحالات لا فرق بين حالة السعة أو الغلاء ولا بين المطلوب وغيره ، ولا بين قوت الأئمة أو الحيوان أو غير ذلك من سائر الأئمة (3).

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، المنقلى 5 / 18 ، حاشية الجمل 3 / 93 ، الفروض المربع 284 المحلى 7 / 537 ، السيل الجرارى 3 / 81 ، المبسوط للطوسى 2 / 195 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، التلخيص فى الأوطار 5 / 260 .

(2) سالم بن عبد الله هو : أبو عبد الله سالم عن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، أحد فقهاء المدينة المبرمة ومن سادات التابعين ، روى عن أبيه ، وأبى هريرة وغيرهما ، وروى عنه ابنه أبو بكر وابن شهاب وغيرهما كثير . وكان ثقبه ولد عبد الله به ، كما كان عبد الله ثقبه ولد عمر به . كان قتيها ، إماما زاهدا ، عابدا ، توفى سنة ست ومائة وقيل خمس ومائة بالمدينة - رحمه الله تعالى .  
يراجع : الأعلام 3 / 71 ، شذرات الذهب 1 / 133 ، وفيات الأعيان 2 / 349 - 350 رقد 252 تهذيب الأسماء والشذرات 1 / 203 .

(3) بدائع الصنائع 5 / 193 ، المنقلى 5 / 18 ، المعونة 2 / 59 ، حاشية الشروانى 4 / 319 . مختصر المعزنى ينهض الأد 8 / 191 ط : دار الفكر . حاشية الجمل 3 / 93 . معنى المحتج 2 / 53 ، مطالب

القول الثاني : " ذهب إليه جمهور الحنفية ، والإمام مالك في رواية عنه ، والشافعية في وجه ، وبعض الحنابلة ، وبعض الزيدية ، وبعض الإمامية ، وبعض الإباضية ، وسعيد بن المسيب ، والليث بن سعد <sup>(1)</sup> " ، إلى أن التسعير الجبري إذا دعت إليه الحاجة العامة لمقاومة الاحتكار ومحاربة مغالاة الأسعار من التجار أو المالكين جائز مشروع بل قال بعضهم إنه واجب .

ولقد قيد بعض الزيدية الجواز فيما عدا قوت الأدمى والبهيمة " فإن تعدوا تحديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فلا بأس به <sup>(2)</sup> .

---

أولى النهى 3 / 62 ، الفروع 4 / 51 ، كشاف للقناع 3 / 187 ، الروض المربع 284 ، المطبوع 7 / 537 ، السيل الجرار 3 / 81 ، البحر الزخار 4 / 318 ، نيل الأوطار 5 / 260 ، المبسوط للطوسي 2 / 195 ، المختصر للنافع 120 ، ومائل الشيعة 12 / 317 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، شرح كتاب النيل 13 / 663 .

(1) الليث بن سعد هو : أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن من تابعي التابعين ولد سنة 93هـ وقيل : 94 هـ لجمع العلماء على إمامته وجلاله في الفقه والحديث واللغة ، كان إمام أهل مصر في زمانه واستقل بالفتوى في مصر ، وولى قضاء مصر ، أثنى عليه علماء عصره ، ولقب بشيخ الديار المصرية ، سمع عطاء بن أبي رباح ، ونافع مولى بن عمر ، والأزهري ، وغيرهم من التابعين وروى عنه محمد بن عجلان ، وهشام بن سعد وهما من شيوخه ، وابن المبارك ، وابن وهب ، وابن شعيب وغيرهم كثير ، توفي سنة 175 وقيل : 176 هـ " رحمه الله تعالى " .

يراجع : شذرات الذهب 1 / 285 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 382 ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء للحافظ أبي نعيم الأصبهاني 18/7 وما بعدها ط : المكتبة السلفية دار الفكر

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 3 / 214 ، تبين الحقائق 6 / 28 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 13 / 59/10 . انمئتي 5 / 18 ، تحزي الكبير للموردي 7 / 81 ، تكملة المجموع الثانية للمزني 13 / 29 / 41 ، الإتصاف 4 / 338 ، الفروع 4 / 51 ، فتاوى ابن تيمية 29 / 254 ، بدون طبعة ، البحر الزخار 4 / 318 ، 319 ، نيل الأوطار 5 / 260 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 146 ، شرائع الإسلام 2 / 21 الروضة النيرة 2 / 104 ، شرح كتاب النيل 13 / 663 .

## الأدلة

### أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن التمسير حرام مطلقا بالكتاب والسنة ، والآثار ، والمقول :  
من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ <sup>(1)</sup>.

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله عز وجل نهى عن أكل أموال الناس بالباطل بطريق غير مشروع كالربا وغيره ، وفي التمسير الجبرى لا يكون البائع راضيا بالثمن إذا كان لا يعجبه ، وهذه تجارة عن غير تراض فيكون منها عا ولا يجوز ، فإجباره على بيع سلعته بسعر معين يتكلى مع مبدأ الرضا فى العقود الذى بيّنته هذه الآية لأنه لكره على بيع ماله بما لا يرضى وقد أكل ماله بالباطل ، وإلزامه بسعر لا يرضيه مناف للآية <sup>(2)</sup>.  
من السنة :

1 - ما روى عن أنس - رضى الله عنه - أنه قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ( لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه ) <sup>(3)</sup>.  
وجه الدلالة من هذا الحديث :

لقد بين الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنه لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه إلا عن رضا واختيار وطيب نفس ، فإذا انتفى هذا الرضا بالإجبار ، فلا يحل لأحد من

---

(1) جزء من الآية رقم 29 من سورة النساء .

(2) يراجع : أحكام القرآن لابن العربي 1 / 521 ، الجامع لأحكام القرآن لتقرطبي 5 / 154 . حمية

المستهلك فى الفقه الإسلامى : / رمضان الشرباصى 66 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص 79 .

المتعاقدين أن يمتلك مال أخيه على أساس المعاوضة الإجبارية بالتسعير ، لذا كان التسعير غير جائز ، وحرم شرعا<sup>(1)</sup>.

2 - ما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه أن رجلا جاء إلى رسول الله " صلى الله عليه وسلم " فقال : يا رسول الله سعر فقال : بل ادعوا الله ، ثم جاء رجل فقال : يا رسول الله سعر فقال : بل الله يخفض ويرفع ، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة " (2).

3 - ما روى عن أبي سعيد الخدري - رضى الله عنه - قال : " غلا السعر على عهد رسول الله " صلى الله عليه وسلم " فقالوا : لو قومت يا رسول الله قال : إني لأرجو أن أفارقكم ولا يطلبني أحد منكم بمظلمة ظلمته " (3).

4 - ما روى عن أنس - رضى الله عنه - قال : ( قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ، وإني لأرجو أن ألقى ربى وليس أحد منكم بطالبي بمظلمة في دم ولا مال ) (4).

---

(1) يراجع : تلخيص الحبير 3 / 52 .

(2) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب التسعير 3 / 270 ح / 3450 ، والبيهقي في سننه 6 / 29 ، وذكره الشوكاني تعليقا في نيل الأوطار 5 / 259 ، وقال إسناده صحيح ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد رجاله : رجال الصحيح مجمع الزوائد 4 / 99 .

(3) الحديث أخرجه ابن ماجه في كتبه للتجارات 2 / 742 ح / 2201 ، والإمام أحمد في مسنده 7 / 85 ، وقيل : إن في إسناده من هو مختلط ، وقيل : رجال الإسناد ثقات ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : رجاله رجال الصحيح 4 / 99 .

(4) الحديث أخرجه أبو داود في البيوع باب التسعير 3 / 270 ح / 4351 ، وابن ماجه في كتاب التجارات 2 / 741 ح / 2200 ، والترمذي في سننه 3 / 605 ، 606 ح / 1314 . وقال أبو عيسى : حديث حسن صحيح . والدارمي في سننه 2 / 249 ، والبيهقي في سننه 6 / 29 ، أحمد في مسنده 3 / 156 ، والحافظ الهيثمي في مجمع الزوائد 4 / 99 عبد الله عيسى وقال في إسناده من هو ضعيف ، ويراجع : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان 7 / 215 ح / 4914 ، نيل الأوطار 5 / 259 ح / 2279 .

## وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث بلفظها الصريح أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يسعر للناس حين سألوه ، ولو كان جائزا لأجابهم إلى طلبهم ، ولكنه بين لهم أن ذلك بيد الله فهو الخافض للرافع ، وأنه المسعر ، أي إذا أراد خفض الأسعار ، أكثر منها مثلا ، وإذا أرد أن يعلوها جعلها قليلة ، لذا أمرهم باللجوء إلى الله بالدعاء لخفض الأسعار ، ولقد وصفت هذه الأحاديث للتفسير بأنه مظلمة ، ولا خير ولا مصلحة في المظلمة ، والظلم حرام ، وإجبار الناس على البيع بغير رضاهم وطيب نفسهم ظلم لهم فلذا كان التفسير حراما <sup>(1)</sup> .

## من الآثار :

ما روى عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه : " مر بحاطب بن أبي بلتعة <sup>(2)</sup> وهو يبيع ، زبيب له في السوق ، فقال له : إما أن ترفع سعره أو تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من السوق أو تنخله بتيك ، فتبيعه كيف تشاء ، ثم رجع إليه وقال له : إن الذي قلت ليس بعزمة <sup>(3)</sup> منى ولا قضاء إنما هو شيء أردت به

(1) يراجع : نيل الأوطار 5/ 260 ، سجل السلام 3 / 47 / 48 .

(2) حاطب بن أبي بلتعة هو : الصحابي أبو محمد حاطب بن أبي بلتعة عمرو بن صير بن سلمة ابن صعب بن عدى ، كان حليفا للزبير بن العوام ، شهد بدر والحديبية ، وشهد الله له بالإيمان في قوله تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء ) الآية الأولى من سورة الممتحنة . نزلت فيه هذه الآية ، وأرسله الرسول - صلى الله عليه وسلم - إلى المقوقص صاحب الإسكندرية سنة ست من الهجرة ، توفي حاطب سنة ثلاثين من الهجرة بالمدينة ، وصلى عليه عثمان بن عفان وكان عمره خمسا وستين سنة " رحمه الله تعالى " .

يراجع : شذرات الذهب 1 / 37 ، أسد الغابة 1/ 431 - 433 رقم 1011 ، تهذيب الأسماء واللغات 156 / 157 .

(3) العزمة : يقال : عزم فلان عزيمة وعزيمة ، وعزمة ، وعزما : جد وصبر ، ولزم وعزم على فلان : أمره وشدد عليه . والتكسب : والعزمة : الحق من حقوق الله ، والقرينة والواجب يراجع : المصباح المنير 243 ، المعجم الوسيط 629 .

الخبر لأهل البلد ، فحيث شئت فبيع وكيف شئت فبيع (1) .

وجه الدلالة من هذا الأثر :

يدل هذا الأثر على أنه من الواجب ترك الناس يبيعون على ما يختارون دون تعرض من ولى الأمر لحريتهم فى نشاطهم بدليل ، ما فعله عمر بن الخطاب مع حاطب بن أبى بلتعة لما أمره أن يبيع كما يبيع السوق أو يرفع منه ، ثم رجع عن ذلك ، لأنه كان رأيا اجتهدا ببداع المصلحة وليس بفرض ولا واجب ، فدل ذلك على أن التسعير غير جائز (2) .

من المعقول :

1 - الناس ما لكون لأموالهم مسلطون عليها ولهم حق التصرف فيها بما لهم من حق الملكية الفردية ، ولا تملك الدولة المساس بها إلا بحق فى الشرع ، وليس التسعير الجبرى منه فالتسعير تضيق وحجر عليهم فى حقهم ، ولا ينبغى للإمام أن يتعرض لحق المالك ، لأن الثمن حقه فكان إليه تقديره ، ولا يجبر على البيع إلا بما يختار ، وإلزامه له بما لا يلزمه فيه ظلم له ، ولا تطيب نفسه فيكون ذلك مناف لمملكه (3) .

---

(1) الأثر أخرجه مالك فى الموطأ ، كتاب البيوع 2 / 34 باب 49 ، والبيهقى فى سننه كتاب البيوع 6 / 29 ، وابن حزم فى المحلى 7 / 538 .

(2) يراجع : سنن البيهقى 6 / 29 ، المحلى لابن حزم 7 / 538 ، حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى د/ رمضان الشونباصى 73 ، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 544 - 545 (3) يراجع : الهداية بياض تكملة شرح فتح القدير 10 / 59 ، تبين الحقائق 6 / 28 ، المعونة 2 / 60 المنتقى 5 / 18 ، الحاوى 7 / 82 ، 83 . مغنى المحتاج 2 / 53 ، كشاف القناع 3 / 187 مطالب أولى النهى 3 / 62 ، المحلى 7 / 538 ، السيل الجرار 3 / 81 ، نيل الأوطار 5 / 260 ، شرح كتاب النيل 13 / 663 .



2- الإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين عامة ، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن ، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الطرفين من الاجتهاد لأنفسهم بإعطائهم حرية المساومة في التعاقد دون تدخل ، لأن كل منهما أدري بمصلحته وأحسن تقديرها لها ، فيجتهد المشتري في الاسترخا ص ، والبائع في وفور الربح ، وفي التسعير لإضرار لأحدهما ، فإن زاد : أضر بالمشتري ، وإن نقص : أضر بالبائع فوجب ترك الأمر لهما <sup>(1)</sup>.

3- التسعير قد يكون سببا للغلاء ، لأن المنتجين والجالين للسلع إذا علموا أنهم سوف يكرهون على البيع بأسعار قد لا يرضوا بها ، تحولوا إلى مكان آخر أعلى ثمنا وأكثر حرية فينشأ عن ذلك قلة المعروض ، وزيادة الطلب ، والاحتكار للسلع، فيرتفع السعر ليصلوا إليها فتغلقوا الأسعار ويحصل الإضرار ، وهذا أكبر سبب في نشأة ما يسمى السوق السوداء <sup>(2)</sup> .  
ولقد قال الباجي <sup>(3)</sup>: أخشى أن يقوموا من السوق " أى أن تكون نتيجة التسعير عكسية" <sup>(4)</sup>.

---

(1) يراجع : الحارثي الكبير للمارودي 7 / 82 ، نيل الأوطار 5 / 260 ، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 2696 / 4 .

(2) يراجع : المغني لابن قدامة 4 / 44 ، ط : دار الكتاب العربي ، بحث في البيع د / على مرعى 1 / 101 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 ص 32 المنة الحادية عشرة ( حق التملك د/ حسين سمرة).

(3) الباجي هو : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد التجيبي الباجي القرطبي المالكي . أحد الأئمة الأعلام في الحديث والفقه والمناظرة والأصول ولد سنة 403 هـ ، اجمع بالقاضي أبي تريب الطبري وإبي إسحاق الشيرازي وله مصنفات منها : المنقلى في شرح الموطأ ، وإحكام الفصول في أحكام الأصول ، والجرح والتعديل ، توفي سنة 474 هـ - بالرباط - " رحمه الله تعالى " .

يراجع: البدلية والنهية لابن كثير 12 / 122 ط: مكتبة المعارف- بيروت، شذرات فذهب 3 / 344

(4) يراجع : المنقلى 5 / 18 .

### أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من أنه إذا دعت الحاجة والضرورة إلى التسعير فإنه جائز شرعا بالسنة ، والآثار ، والمعقول :

من السنة :

ما روى عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل لا وكس<sup>(1)</sup> ولا شطط<sup>(2)</sup> فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق " <sup>(3)</sup> .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

يدل هذا الحديث على جواز التسعير حيث أمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - بتقويم العبد بقيمة المثل ، ويجبر الشريك على قبول نصيبه من الثمن المحدد إذا أعتق شريكه نصيبه وإما أن يعتق مثل شريكه ، فمن تعين عليه أن يبيع وجب عليه ذلك ، ويقوم عليه بقيمة المثل ، وقد أوجب الشارع الحكيم ، عتق نصيب الشريك الذى لم يعتق ليكمل الحرية فى العبد ، فمن باب أولى فيما تشدد إليه حاجة الناس من الطعام أو اللباس وغير ذلك أولى من تكميل الحرية ترجيحاً للمصلحة العامة ، وإذا كان كذلك فيقوم بقيمة المثل وهذا هو للتسعير وقد صار هذا الحديث أصلاً فى أن

---

(1) يراجع : الوكس : للنقص ، والخسارة : يقال : وكس الشيء وكسا ، ووكس الرجل فى تجارته : خسر ، ويقال : ولا وكس ولا شطط ، أى لا نقصان ولا زيادة .

يراجع : المصباح المنير 398 ، المعجم الوسيط 1097 .

(2) الشطط : الجور ، والظلم ، يقال : شطط ، شطوطاً ، وشططاً : بدد : وشط فى حكمه شطوطاً وشططاً : جار .

يراجع : المصباح المنير 188 ، المعجم الوسيط 508 .

(3) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب العتق 5/ 186 ح / 2522 ط : دار الحديث ، ومسلم فى كتاب العتق 104/10 ح / 1501 ، وأبو داود فى العتق 4/ 23 ح / 3940 ، وابن ماجه فى العتق 2/ 844 ح / 2527 ، ومالك فى الموطأ كتاب العتق 135/2 ح / 1 .

من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعلوض بشئ المثل لا بما يريد من الثمن، وفي جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بشئنه للمصلحة الراجعة كما في الشفعة<sup>(1)</sup>.

من الآثار :

ما روى عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه - " أنه مر بحاطب بن أبي بلتعة بالسوق وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فساله عن سعرهما فقال: مدين <sup>(2)</sup> لكل درهم ، فقال له عمر : قد حدثت بعير <sup>(3)</sup> مقبلة من الطائف <sup>(4)</sup> تحمل زيبيا وهم يغرون بسعرك ، فإما أن ترفع من السوق ، وإما أن تدخل زيبك البيت فتبيعه كيف شئت " <sup>(5)</sup>.

وجه الدلالة من هذا الأثر :

يدل هذا الأثر على أن سيدنا عمر بن الخطاب -رضي الله عنه - أمر حاطب بن أبي بلتعة أن يرفع من السوق إذا لم يبع بسعر السوق حتى لا يتسبب في خسارة

(1) يراجع : فتح الباري 5/ 186 ، 187 ، الفروع 4 / 52 ، الطرق الحكيمة لابن قيم 375 ، ولاية الحسبة في الإسلام د/عبد الله محمد 413 ، 413 ، بحوث في البيع د / على مرعي 101/1 .

(2) المد : مكيل قديم اختلف في تقديره بالكيل المصري ، وهو عند أهل الحجاز رطل وثلاث فهر ربع صاع ، لأن لصاع خمسة أوتال وعند العراقيين رطلان ، ويساوي الآن في التقدير المصري (509) جرام . يراجع : المصباح المنير 336 ، المعجم الوسيط 895 ، الموزن والمكيال والمقياس لمحمد نجم الدين الكردي ص 180 .

(3) العير : ما جلب عليه الطعام من قولل الإبل والبغال والحمير وغير ذلك . يراجع : المصباح المنير 261 . المعجم الوسيط 670 .

(4) الطائف : بلد معروف على مرحلتين من مكة " اثنا عشر فرسفا " في جهة المشرق وهي بلاد تعيق أحد غزوات ثني - صنى الله عليه وسلم - التي قاتل فيها غزاة الطائف ذات مزارع ونخل وناضلي نسبة إلى الضئف . أو الطائفة ، وزبيب أو عنب عنقيدته متراففة الحب ، يراجع : معجم البلدان 4 / 8 ، 9 توثيب الأسماء والثغلات 3 / 181 ، المعجم الوسيط 598 .

(5) "أثر : سبق تخريجه ص : 212 .

أهل السوق وفى ذلك إلزام له بالبيع بالسعر الذى يبيع به أهل السوق . وهذا هو  
قوام التسعير <sup>(1)</sup> .

من المعقول :

1- فى التسعير مصلحة للناس حيث يمنع من إغلاء السعر عليهم فيمنعوا من البيع  
بغير السعر الذى يحدده الإمام أو ولى الأمر على حسب ما يرى من المصلحة  
فيه للبائع والمشتري.

2- إذا كان الشارع الحكيم أوجب إخراج الشيء عن ملك صاحبه بعوض المثل  
لتكميل العتق ولم يمكن المالك بالمطالبة بالزيادة على القيمة فكيف إذا كانت  
حاجة المسلمين إلى الطعام وغيره من المصالح العامة التى ليس لواحد فيها  
الحق بعينه ، فتقدير الثمن على من وجب عليه البيع أولى من تقديره بتكميل  
الحرية ، ولقد أمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - بتقويم العبد بقيمة المثل  
وهذا هو حقيقة التسعير .

3- لولى الأمر سلطة التدخل لمصلحة حماية المجتمع من جشع التجار ، وإحداث  
استقرار فى أسعار لسوق وذلك قد لا يكون إلا بالتسعير .

4- لولى الأمر أن يجبر المحتكر على البيع ، فكذا له وضع سعر محدد لكل سلعة  
ويجب على الجميع الالتزام بها <sup>(2)</sup> .

---

(1) يراجع : المحلى 7/ 538 ، بحث فى البيع د/ على مرعى 1 / 102 ، حماية المستهلك د/ رمضان  
الشربى 71 .

(2) يراجع : تبين الحقائق 6/ 28 ، الفتاوى الهندية 3/ 214 ، المنتقى للباجى 5/ 18 ، الحارث الكبير  
للماوردى 7 / 81 ، الفروع 4 / 52 ، مجموع فتاوى ابن تيمية 29/ 454 ، الطرق الحكيمة لابن القيم  
373 - 379 ، البحر الزخار 4/ 319 ، فقه الإمام جعفر 3 / 146 ، الروضة الندية 104/2 شرح كتاب  
النيل 13/ 663 ، بحث فى البيع د / على مرعى 1 / 103 ، ولاية للصبة د / عبد الله محمد 413 ،  
حمية المستهلك د / رمضان الشربى 70 ، 71 .

## المناقشة

### مناقشة أدلة القول الأول :

نوقشت أدلة القائلين بحرمة التسعير مطلقا بما يلي :

- 1 - مبدأ التراضي ليس على إطلاقه : فلقد ألغت الشريعة اعتبار الرضا في أحوال معينة مراعاة لمصلحة أخرى عامة ومنها بيع مال المدين لقضاء دينه ، والبيع للنفقة الواجبة والأخذ بالشفعة وغير ذلك ، فهو إكراه على البيع بحق .
- 2 - التجارة في الإسلام مقيدة بعدم الإعتداء المنهى عنه بقول الله تعالى : ﴿...ولا تعتدوا...﴾<sup>(1)</sup>، وتحكم التجار وتغاليهم في الأسعار لا مبرر له سوى تحقيق أرباح خيالية ، وهذا اعتداء منهى عنه ، ولولي الأمر سلطة التدخل وأن يردهم إلى الحق والصواب وذلك بالتسعير عليهم .
- 3 - أكل أموال الناس بالباطل ، يراد منه إنفاقه في معاصي الله وأكل الربا ، والقمار والظلم ، وأن يأكله بغير عوض ، أما وفي التسعير عوض ، فلا يكون أكل بالباطل ، وإنما هو عن إرادة واعية ، ويحول بين الغبن والتعطير .
- 4 - الإكراه على التعاقد لا يمنع صحة البيع لحق العامة أى لمصلحة الأمة<sup>(2)</sup>.
- 5 - الأحاديث لا تصلح حجة على منع التسعير مطلقا ، لأن هذه قضية معينة وليست لفظا عاما وليس فيها ما يدل على أن أحدا امتنع عن بيع ما يحتاج الناس إليه .

فليس في التسعير مخالفة لنص الأحاديث ، وإنما هو تطبيق للنص نفسه وتفسير له بالمعنى المناسب ، لأن امتناع الرسول - صلى الله عليه وسلم - لا لكونه تسعيرا وإنما لكون علة التسعير وهي ظلم التجار غير متوافرة ، أو ليس هناك ما يقتضيه ، لأنهم كانوا يبيعون بسعر المثل وارتفاع الأسعار ليس من قبل التجار ، وإنما بسبب

---

(1) جزء من الآية رقم ( 190 ) من سورة البقرة .

(2) يراجع : الطرق الحكمية لابن قيد 357 ، الجامع لأحكام القرآن لتقرطبي 2/ 336 . ولاية الحسبة د/ عبد الله محمد 414 . الملكية ونظرية العقد د/ أحمد فراج حسين 69 .

قانون العرض والطلب ، لأن الشيء إذا قل رغب الناس في المزايدة فيه فارتفع السعر ، فإذا بذله صاحبه ولم يمتنع عن بيعه ولكن الناس تزايدوا فيه فلا يسعر عليهم إذا لم تدع الحاجة ، لأن السلع متوافرة في الأسواق وتباع بسعر المثل دون ظلم أو جشع .

وأيضاً : الغلاء كان في زمن لم يكن بدافع الجشع والظلم كما هو الحال في زماننا ولما وجد في زمن الصحابة والتابعين أفتوا بجوازه رعاية لمصلحة الجماعة الغالبة<sup>(1)</sup>.

6 - أما واقعة عمر بن الخطاب رضي الله عنه " مع حاطب فيحتمل أنه كان يبيع بأقل من ثمن المثل وكانت هناك قافلة على وشك الوصول إلى المدينة تحمل نفس السلعة من الطائف، فرأى عمر أن عرض حاطب لسلعته بأقل يضر بأصحاب القافلة وينفعهم إلى منافسة تضر بهم ، فلا حجة فيه ، لأن نكوله لم يكن ناشئاً عن اعتقاده أن التسعير حرام ، بل عدم تحقق وقوع الضرر العام فلم يتحقق وجوب التسعير <sup>(2)</sup> :

ولقد قال ابن حزم : لو صحت هذه الواقعة عن عمر ، لكانوا قد أخطأوا فيما نقل عنه ، وإنما أراد عمر بذلك : إما أي تزيد في السعر أي تباع من المكاييل أكثر مما تباع بهذا الثمن فكان يبيع حاطب مدين ، فقال له عمر : تتباعدون في أسواقنا وتقطعون في رقابنا بع صاعا ، والصاع أربعة أمداد ، وإلا فلا تباع في سوقنا <sup>(3)</sup>.

---

(1) يراجع : الملكية ونظرية المقدد / أحمد فراج 69 ، الطرق الحكيمة لابن قيم 374 ، ولاية للصبة د/ عبد الله محمد 415 ، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 4/ 2697 ، بحوث فقيهة مقرة . / محمد فتحي النريني 1 / 573 .

(2) يراجع : بحوث فقيهة مقارنة د / محمد فتحي النريني 1/ 585 ، 586 . 'صُرُق الحكيمة لابن قيم 368 وما بعدها ، ولاية للصبة د/ عبد الله محمد 416 .

(3) يراجع : المحلى لابن حزم 7 / 538 .

7 - منشأ السوق السوداء هو التسعير المجحف الغير منروس والذي يؤدي إلى إجحاف التجار في عدم تقدير ربح مجز لهم أو حرمانهم منه ، وهذا حرام قطعاً ، أما التسعير العادل المنروس والذي تنتجه الخبرة الفزيهة فإنه وسيلة لمنع الزيادة على ما سعره الإمام عدلاً ، لأن الزيادة على ما سعره الإمام ظلم. والمنع من الظلم واجب ، فالتسعير العادل واجب <sup>(1)</sup> .

ويقول ابن القيم <sup>(2)</sup> في ذلك : " إن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير معر عليهم تسعير عدل لا وكس فيه ولا شطط ، وإذا انعدمت حاجتهم بدونه لم يفعل <sup>(3)</sup> .

### مناقشة أدلة القول الثاني :

نوقشت أدلة اللقائين بجواز التسعير عند الحاجة بما يلي :

1 - حديث العتق لا دلالة فيه على جواز التسعير ، وإنما أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بتقويم العبد بثمن المثل وذلك للضرورة ، لأن الرق لا يتتصف ، فليس هناك شخص بعينه حر وبعضه عبد ، وليس في هذا ظلم ، كما أن ثمن المثل لا يعد من باب التسعير <sup>(4)</sup> .

ويجاب عن ذلك بأن : هذا الحديث صار أصلاً في أن ما لا يمكن قسمته عينا فإنه يباع ويقسم ثمنه على الشركاء ، أو يجبر الممتنع على البيع ، وأيضا صار هذا

(1) يراجع : المنقلى للباي 17/5 ، بحث فقيهة مقارنة د/محمد فتحي الدريني 573/1 .

(2) ابن القيم هو : شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي إمام الجوزية وابن قيم أحد كبار العلماء ، ومن أركان الإصلاح الإسلامي ولد سنة 691 هـ ، بدمشق ، سمع الحديث واشتغل بالعلم تتلمذ على يد شيخ الإسلام ابن تيمية ، وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه ، ولقد سجن معه في قبة دمشق ، ألف تصانيف كثيرة منها : إعلام الموقعين ، وزاد المعاد ، وإغاثة اللهفلان ، والطرق الحكمية في تسياسة شرعية ، وغيرهم كثير ، وتوفي بدمشق سنة 751 هـ رحمه الله تعالى . يراجع : 'أعيانه' 56 / 6 . البداية والنهاية 14 / 234 وما بعدها .

(3) يراجع : الطرق الحكمية في السلسلة الشرعية 383 ، 384 .

(4) يراجع : بحث في البيع د / علي مرعي 1 / 102 ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي د/ رمضان الشرنيصلي 70 .

الحديث أصلاً في أن من وجب عليه المعاوضة ، أجبر على أن يعاوض بثمن المثل لا بما يريد من الثمن ، وأيضاً لإخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة كما في الشفعة ، فإذا كان الشارع الحكيم يوجب إخراج الشيء من ملك صاحبه بعوض المثل لتكميل العتق ولم يمكن المالك من المطالبة بالزيادة عن القيمة، فكيف إذا كانت حاجة الناس إلى التملك أعظم كحاجة المضطر إلى الطعام والشراب وغيرهما ، وهذا الذي أمر به النبي - صلى الله عليه وسلم - من تقويم الجميع بثمن المثل هو حقيقة التسعير<sup>(1)</sup> .

2- أثر عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - مع حاطب ليس فيه تسعير فلا يكون حجة ، وعلى فرض أنه يدل على جواز التسعير ، فقد روى الشافعي في الأم أن عمر رجع عن أمره حيث قال : " أن الذي قلت لك ليس بعزيمة ولا قضاء وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع"<sup>(2)</sup> .

ويجاب عن ذلك :

بأن امتناع عمر - رضى الله عنه - عن التسعير ونكوله لم يكن ناشئاً عن اعتقاده أن التسعير حرام، ولكن لعدم تحقق وقوع الضرر في هذه الواقعة فلم يتحقق التسعير للواجب<sup>(3)</sup> .

3- لولى الأمر سلطة التدخل لمصلحة المجتمع ، ولكن هذا التدخل مقيد بالالتزام بأحكام الشرع الإسلامى وقد سبقت الأدلة على تحريم التسعير ، وأن المصلحة في عدمه<sup>(4)</sup> .

(1) يراجع : الطرق الحكمية لابن قيم 375 ، 376 ، ولاية الصبة د / عبد الله محمد 413 ، حماية المستهلك د / رمضان الشرنباوى 70 .

(2) يراجع : انذ ومختصر المزنى 8 / 191 . الحاوى الكبير للماوردى 7 / 82 ، 83 .

(3) يراجع : الحاوى الكبير لهماوردى 7 / 83 . مجموع فتاوى ابن تيمية 29 / 255 . بحوث فقهية مقارنة د / محمد فتحي الدرينى 1 / 585 . 586 .

(4) يراجع : تبين الحقائق 6 / 28 . المنتقى للباغى 5 / 18 . بحوث في البيع د / على مرعى 1 / 103 .



ويجاب عن ذلك :

لولى الأمر سلطة التدخل لمصلحة المجتمع وحمايته ، والتسعير ليس مخالفا لأحكام الشرع ، وأن المصلحة تكون فى التسعير إذا عجز عن صيانة حقوق المسلمين إلا به (1).

القول الراجع :

بعد بيان أقوال الفقهاء وللتهم فى مشروعيته التسعير ومناقشة ما أمكن مناقشته يبدوا لى أن القول الراجع ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من أن التسعير جائز ومشروع ولا بأس به إذا دعت إليه حاجة الناس ، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها مما وجه إليها من مناقشات وأيضاً : إن التسعير مطلوب فى هذا الزمان حيث اشتد جشع التجار والمالكن للسلع ، ولم يعد فى ذهنهم إلا تحقيق أعلى ربح دون النظر إلى ما يلحق العامة من ضرر بسبب ذلك ، فكان من العدل أن يتدخل ولى الأمر لوضع أمراً بإلزام التجار والمالكن للسلع ببيعها بالثمن المعتاد الذى روعى فيه جانب المشتري والبائع حتى يمود الإستقرار والأمن فى المجتمع .

---

(1) يراجع : تبیین الحقائق 6 / 28 / المنتقى 5 / 18 ، الحاوى 3 / 83 ، الطرق الحكمية لابن قيم 373

فقه الإمام جعفر 3 / 146 ، لئيل 13 / 663 .



## الضرع الثانى

### تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى القانون الوضعى

تمهيد :

إن الغلاء قد يكون أمرا مفتعلا يتحكم فيه عادة مجموعة من التجار أو الشركات يكون الهدف من وراء ذلك هو تحقيق الأرباح الخيالية بتحكمهم فى أسعار السلع والحاجيات التى لا غنى للناس عنها .

ولا يمكن أن يقال إن محاربة الغلاء يكون بزيادة المعروض من السلع ليتحقق التناسب مع الطلب ، لأن هذا يتنافى تماما مع الواقع المشاهد، وأيقن المشرع الوضعى ذلك تماما بوجود لزمت مقنعة ومختلفة بين حين وحين آخر فتدخل ليحقق التناسب بين العرض والطلب ويحافظ على للنظام العام بتشريعات تنظيمية الهدف منها تحقيق السهولة لبعض السلع وحماية المستهلك من جشع التجار واستغلالهم بتحديد أثمان بعض السلع والحاجيات .

وفيما يلى توضيح مفهوم التسعير الجبرى وتحديد الجهات المختصة بتحديد الأسعار ومشروعية التسعير فى الفكر القانونى :

**أولاً: مفهوم التسعير الجبرى وتحديد الجهات المختصة بتحديد الأسعار :**

#### **مفهوم التسعير الجبرى :**

هو إجبار الناس على التبايع بسعر معين للسلع بواسطة السلطة المختصة الأمر الذى يستلزم ألا يزيد الثمن فى بيع هذه الحاجات عن هذا السعر المحدد والهدف الذى ابتغاه المشرع الوضعى من وراء ذلك أو من من تشريعات التسعير الجبرى :

- حسن توزيع السلع بين المستهلكين .

- تحقيق نظام اقتصادى معين بحماية الأموال والحفاظ عليها .

- حماية المستهلك مما يقع به من جشع للتجار واستغلالهم .

- حماية الكيان الاقتصادى للدولة ، وتحقيق للتوازن فى المصالح الاقتصادية لأن ذلك يمس النظام العام فى الدولة .

وهذا ما تقوم به الدولة فى مصر إذا تضلع السلطة الحاكمة بمسؤوليات جسيمة فى سبيل النهوض بالأمة من أجل رفع مستوى البلاد السياسى والاقتصادى والإجتماعى<sup>(1)</sup>.

### الجهات المختصة بتحديد الأسعار :

لقد وضع المشرع الوضعى لجنة فى كل محافظة لتحديد أسعار السلع أطلق عليها: لجنة التسعير ، ويتم تأليفها من المحافظ أو مدير الأمن ، أو من يقوم مقامه عند غياب المحافظ بقرار من وزير التجارة والصناعة ( التجارة والتموين ) بالاتفاق مع وزير الداخلية وتقوم بتعيين أقصى الأسعار للأصناف والمواد الغذائية المنصوص عليها .

ولوزير التموين الحق فى إضافة سلعة أو حذفها من جداول التسعير .

ولا يجوز للجنة التسعير ، تسعير سلعة لم يصدر قرار بتسعيورها أو بإدراجها بجداول التسعير بقرار من وزير التموين .

ويختص وزير الصناعة بتحديد أقصى الأسعار للمنتجات من الصناعة المحلية دون التقيد بالإجراءات المنصوص عليها<sup>(2)</sup> .

وفى ذلك ينص المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950 المختص بشئون التسعير الجبرى ، وتحديد الأرباح ، والمعدل بالقانون رقم 28 لسنة 1957 ، والقانون رقم 108 لسنة 1980 والقانون رقم 128 لسنة 1982 على ما يلى :

- 
- (1) يراجع : الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدر لوى 121 ط : 1983م ، الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى : لمعوض عبد التواب 5 ، 6 ط : 1978م ، المكتبة القومية للنشر والتوزيع ، تشريعات التموين والتسعير الجبرى . لفرج هليل 24 ط : 1980م نشر دار المطبوعات الجامعية . قانون العقوبات الخاص د / حسن صادق المرصفاوى 788 ط : 1975م نشر منشأة المعارف الإسكندرية
- (2) يراجع : تشريعات التموين والتسعير الجبرى : فرج هليل 3 ، 17 ، التشريعات التموينية : م / أنور صنيعة 490 . الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى ، معوض عبد التواب 8 - 13 .

المادة الأولى: " يكون فى كل محافظة وفى كل عاصمة مديرية لجنة برئاسة المحافظ أو مدير الأمن أو من يقوم مقامه تسمى لجنة التسعير ، وتؤلف هذه اللجان بقرار من وزير التجارة والصناعة بالاتفاق مع وزير الداخلية " .

المادة الثانية: " تقوم اللجنة بتعيين أقصى الأسعار للأصناف الغذائية المبينة بالجدول الملحق بهذا المرسوم بقانون ، ولوزير التجارة والصناعة بقرار يصدره تعديل هذا الجدول بالحدف أو الإضافة ، ويعلن المحافظ أو المدير جدول الأسعار التى تعينها اللجنة فى مساء يوم الجمعة من كل أسبوع ، ويكون الإعلان بالكيفية التى يصدر بها قرار من المحافظ أو المدير " .

وصدر قرار التموين رقم 46 لسنة 1978 فنص فى المادة الأولى على أنه :  
يفوض السادة المحافظون كل فى دائرة محافظته بتشكيل لجنة التسعير المحلية " .

المادة الثانية : " للجان المشكلة بموجب المادة السابقة الاستعانة بمن تراه من ذوى الخبرة حسب ظروفها على أن يكون من بينهم اثنين على الأقل أحدهما من تجار الجلة والثانى من تجار التجزئة ، ويتم اختيارهم بمعرفة مديرية التموين بالاشتراك مع الغرفة التجارية بالإضافة إلى ممثلة عن التنظيم النسائى بالاتحاد الاشتراكى العربى بالمحافظة <sup>(1)</sup> .

ويختص وزير التجارة والصناعة ( وزير التموين ) برئاسة لجنة عليا لوضع أسس تعيين الأسعار وغيرها من الأمور المتعلقة بمكافحة الغلاء حيث تنص المادة الثالثة من المرسوم بقانون السابق ذكره على أن:

" تؤلف بقرار من مجلس الوزراء بناء على طلب وزير التجارة والصناعة لجنة عليا برئاسته تختص بما يأتى :

- 1 - وضع أسس تعيين الأسعار للجان التسعير المنصوص عليها فى المادة الأولى .
- 2 - النظر فى الشكاوى التى تقدم عن جداول الأسعار التى تضعها اللجان المذكورة
- 3 - مراقبة حركة الأسعار .

---

(1) يراجع : التشريعات التموينية : نور طلبه 530 ، 531 .

#### 4 - اقتراح ما يؤدى إلى تحقيق مكافحة الغلاء .

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الأسعار التى تحددها لجان التسعير ملزمة للكافة وفى مخالفتها جريمة ولا تجوز المعارضة فيها أمام المحاكم<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً : مشروعية التسعير :

إذا كان الأصل فى التعاقد أن للمتعاقدين مطلق الحرية فى تقدير وتعيين الثمن ، وكل ما يتعلق بالعقد المبرم بينهما ، وذلك وفقاً لنص المادة 147 / 1 من القانون المدنى والتى تنص بأن : " لعقد شريعة المتعاقدين " .

إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة : فقد تقيد فى بعض الأحوال كما فى حالة التسعير الجبرى وتسعير المرافق العامة من مياه ، وغاز وكهرباء ، فالثمن مفروض على البائع وليس من تقديره ولختياره .

ولقد تدخل المشرع الوضعى بتحديد ثمن بعض السلع لاعتبارات تتعلق بالنظام العام الاقتصادى أو المالى للدولة ، وحماية للمستهلك ، وأصدر المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950 والمعدل بالقانون رقم 28 لسنة 1957 ، والقانون رقم 108 لسنة 1980م ، والقانون رقم 128 لسنة 1982 الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح ، فوفقاً لما نص عليه المشرع الوضعى فى هذه التشريعات الخاصة بالتسعير الجبرى ، يتضح أنها تفرض قيوداً هاماً على حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن ، فلا يجوز البيع بسعر يزيد على الثمن المحدد .

ففى أوقات الحروب والأزمات الاقتصادية وارتفاع الأسعار عن طريق جشع التجار والمالكيين أي غلاءً مفتعلاً ، فلا يجوز للدولة أن تقف مكتوفة اليدين أمام ارتفاع أسعار الحاجيات الأولية الضرورية إرتفاعاً باهظاً، وتترك للمتعاقدين مطلق الحرية

---

(1) يراجع : التشريعات التموينية : فور طلبية 490 ، تشريعات التموين : فرج هليل 3 ، 4 ، الموسوعة الشاملة : معوض عبد التواب 11 / 12 . مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 260 لسنة 33 ق نقض جنائى جلسة 8 / 2 / 1986م ، الموسوعة للذهبية د / عبد المنعم حسنى 4 / 973 . طعن 190 لسنة 18 جلسة 11/16/1950 د .

في تعيين الثمن في قانون البيع ، وفقا لقانون العرض والطلب ، ولقد أحسن المشرع الوضعي حينما تدخل بوضع تشريعات خاصة بالتسعير الجبرى ، حيث إنه في الدول الاشتراكية التى فيها مصلحة الجماعة فوق مصلحة الفرد ، تتدخل الدولة فى الإنتاج والتوزيع ، وتضع لذلك تخطيطا يهدف إلى تنمية الثروة القومية والدخل الوطنى بتحديد أسعار أكثر السلع تحديدا رسميا<sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : عقد البيع د / سليمان مرمى 171 ، 172 . الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم النور دى 121 ، الوسيط  
د/ المنهورى 4 / 370 هامش 2 ، ط : دار إحياء التراث العربى . تشريعات التموينية : د / أنور طلبة  
490 وما بعدها ، تشريعات التموين : فرج خليل 3 ، 24 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ضمن 56 لنة  
35 ق نقض جنائى جلمة 4 / 2 / 1969م.





## الضرع الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

#### من تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما يأتى:

- 1 - لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى مفهوم التسعير وأنه تحديد الثمن لبعض السلع والحاجيات ، ولا يجوز أن يزيد الثمن عن هذا السعر المحدد .
  - 2 - لقد اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين الذين جوزوا التسعير بأن الذى يتولى أمر التسعير لجنة معينة من نخبة من التجار ، أو من موظف مختص تحينه الدولة لذلك ، حيث نص الفقهاء المسلمون على أن من يقوم بالتسعير الإمام أو من يقوم مقامه ، واللجنة المختصة أو الموظف المختص يقوم مقام الإمام .
  - 3 - لقد تدخل المشرع الوضعى وقيد من حرية المتعاقدين فى تحديد ثمن السلع الضرورية والتى لا غنى عنها وذلك بالتسعير الجبرى ، وإن كان الأصل هو مطلق الحرية للمتعاقدين ، وبهذا الاتجاه الذى سلكه المشرع الوضعى يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين الذين أجازوا التسعير إذا دعت إليه الحاجة العامة لمقاومة الاحتكار ، ومحاربة المغالاة فى الأسعار من التجار والمالكين ، بل قال بعضهم إنه واجب .
- فلذا كان موقف القانون الوضعى متفقاً فى مفهوم التسعير الجبرى وفى مشروعيته مع ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى .



## المطلب الثاني

### شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم

فى الفقه الإسلامى

الفرع الثانى : شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم

فى القانون الوضعى

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم .

## الفرع الأول

### شروط الإجبار على البيع بالسعر

#### الذى يعينه الحاكم فى الفقه الإسلامى

تمهيد :

إن الإسلام اهتم بأن يكون كسب الإنسان للمال طيباً حلالاً أخذه بالمعروف ،  
وابتعد فيه عن الاستغلال لحاجة المحتاج ، وألا يكون قد أخذ ثمن سلعته أضعافاً  
مضاعفة .

فإذا تحول التاجر من السعر العادل الذى يقتضيه العرف الطيب للأسعار ، فقد  
خرج عن دائرة الحق ، وأصبح مضاراً لمجتمع ظالماً له ، ومن ثم وجب الأخذ  
على يديه ، وإلزامه حدود القسط والعدل ومنع ضرره بالناس ، ولا يكون ذلك إلا  
بإلزامه بسعر معين يجبر على البيع به .

ولقد أوضحت في الفرع الأول من المطلب السابق أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يسعر حينما طلب منه <sup>(1)</sup> لأن الغلاء كان أمرا طبيعيا في حالة طارئة ، ولم يكن من استغلال التجار وطمعهم وترك ذلك إلى أخلاقهم وضمائرهم حسب العرض والطلب <sup>(2)</sup>.

ولقد قال ابن القيم : " إذا تضمن التسعير ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم ما أباح الله لهم ، فهو حرام ..... " وإذا تضمن التسعير العدل بين الناس مثل إكراههم على المعالوضة بما يجب عليهم بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ للزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب <sup>(3)</sup>.  
فعند عدم الاحتكار والامتناع عن البيع ، فنترك المسألة للعرض والطلب وتغيرات الأسواق ولا يسعر عليهم ، وهذا أمر ليس في مصلحة المجتمع ، لأنه لن يتحقق ذلك .

وعند الاحتكار والامتناع عن البيع ، وهذا أمر مشاهد ملموس في المجتمع ، فإنه يسعر عليهم ويجبرون على البيع بما سعر عليهم وذلك لحاجة الناس إلى هذه السلع والمرافق والخدمات ، فلذلك كان من العلاجات التي عالج بها الإسلام المشكلة الاقتصادية وقولم بها الاحتكار والاستغلال : التسعير ، لأنه أوجب على الحاكم أو ولي الأمر أن يتدخل إذا تبين له ظلم التجار وجشعهم ومحاولتهم للكسب أضعافا مضاعفة مستغلين في ذلك الضعفاء من الناس وتعدوا في تجارتهم تعديا فاحشا يضر بالسوق ، وذلك بتحديد سعر معين وثمن محدد للسلع والخدمات صيانة لحقوق الناس ومنعاً للاحتكار ورفعاً للظلم الواقع عليهم .

---

(1) يرجع : ص 217 .

(2) يرجع : الفقه الإسلامي وألفته لنزحيلي 4 / 2697 . مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 ص 31

32 السنة الحادية عشر ( حق التملك د / حسين سمرة ) .

(3) يرجع : الطرق الحكمية لابن قيم 355 .

ففى ذلك إخراج للسلع من ملك أصحابها بغير رضاهم ، كان القاضى أو ولى الأمر فى التسعير يأخذ ما يملكه للبائع جبراً ويبيعه بسعر المثل الذى سعر به <sup>(١)</sup> .

ولقد حدث أن أجبر الرسول - صلى الله عليه وسلم - سمرة بن جندب على بيع نخلته حينما اشتكاه الأنصارى إلى الرسول - صلى الله عليه وسلم - فأمره الرسول - صلى الله عليه وسلم - بقلعها فلم يفعل فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها ، وقتل لصاحب الشجرة إنما أنت مضار <sup>(٢)</sup> .

حيث أوجب الرسول صلى الله عليه وسلم القلع لما فى ذلك من مصلحة صاحب الأرض ولو لحق صاحب الشجرة ضرر فهو يسير . لأن ضرر صاحب البستان ، أعظم ببقاء الشجرة فى أرضه ، والشارع الحكيم يوجب دفع أعظم الضررين بأيسرهما .

فهذا يدل على وجوب البيع عند حاجة المشتري ، وأن البائع يجبر عليه ، ولكن أين حاجة هذا الرجل من حاجة الناس إلى الطعام واللباس وغيرهما من الدواء وما يحتاج إليه الناس ، فوجوب المعاوضة والإجبار عليها بثمن المثل عند حاجة الناس إلى السلع والمنافع من باب أولى ، وهذا هو التسعير الجبرى <sup>(٣)</sup> .

لذلك وضع الفقهاء القائلون بجواز التسعير الجبرى شروطاً لا بد من تحققها وتوافرها مادام السعر عادلاً مراعيًا فيه الإمام عند تقديره مصلحة كل من البائع والمشتري .

---

(١) يراجع : الطرق للحكمة 356 ، بحث فى البيع د / على مرعى 1 / 104 ، مجلة البحوث الفقهية العدد 44 ص 32 ( حق التملك د / حسين سمرة ) .

(٢) يراجع : عون المعبود شرح سنن أبي داود لأبى الطيب آبادى فى كتاب القضاء 3 / 352 ط : المكتبة السلفية وزكره الشوكانى تعليقاً فى نيل الأوطار 5 / 382 ، الليهقى فى سننه 6 / 157 .

(٣) يراجع : الطرق للحكمة لابن قيم 382 ، 393 ، بحث فقهية مقارنة د / محمد فتحى الدرينى 565 / 1 .

## وهذه الشروط هي :

- 1 - شدة الحاجة .
- 2 - تعدى التجار فى القيمة تعديا فاحشا .
- 3 - أن يتعين التسعير لرفع الضرر .
- 4 - أن يكون الغلاء مفتعلاً .
- 5 - أن يكون السعر عدلا للطرفين وأن يكون الإمام عدلا وأن يستعين بأهل الخبرة عند التسعير - وأوضح هذه الشروط بشيء من التفصيل فيما يلى :

### الشرط الأول : شدة الحاجة :

لقد اتفق الفقهاء القائلين بجواز التسعير على ضرورة توافر شدة احتياج الناس إلى السلع أو المنافع أو الخدمات التى غلا سعرها ، حتى يكون لولى الأمر الحق فى التسعير من أجل رفع الضرر اللاحق للعامة من احتياجهم لهذه الأشياء فأصحاب الأعمال كالنساجة والبناء يجبروا بعوض المثل ، أما إذا لم يكن لهم حاجة فى هذه السلع والخدمات بأن كانت متوافرة ولم يرتفع سعرها نتيجة تحكم التجار فيها ، فليس هناك حاجة للتسعير .

ولقد منع الزيدية التسعير للقوتين - قوت الأسمى وقوت البهيمة - ولو اشتدت حاجة الناس إليهما ، وقصر الملكية للتسعير عند الاحتياج ، على المكيل والموزون أى من المتليات أما ما عدا ذلك فلا يجوز تسعيره ولو اشتدت حاجة الناس إليه ، لأن القيمة تعرف بالوزن والمكيل وما يلحقها من الصنائع التى يثبت التماثل فيها كالذهب والنحاس والفضة ، وأن تستوى الجودة لأن لها حظا من الثمن كالمقدار<sup>(1)</sup> . وأرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالاتباع من أنه إذا اشتدت حاجة الناس إلى السلع والمنافع والخدمات سواء كان قوتا أو غيره لأسمى أو غيره

(1) يراجع : تبين لحقائق 6/ 28 ، الهداية شرح البداية 4 / 206 ، المنتقى 5 / 18 ، لطرق الحكمة 359 ، 367 ، البحر نزار 4 / 319 . شرائع الإسلام 2 / 21 ، شرح كتاب النيل 13 / 663 .

مكيلا أو موزونا فإنه يسعر عليهم ويجبروا على البيع بالثمن الذى حدده الإمام أو من يقوم مقامه .

### الشرط الثانى : تعدى التجار فى القيمة تعديا فاحشا :

إذا تعدى التجار والمالكيين وأصحاب الأعمال فى ثمن السلع والمنافع والخدمات التى يحتاج الناس إليها تعديا فاحشا بأن كان الثمن مائة والربح مائة وعجز الإمام أو ولى الأمر عن صيانه حقوق المسلمين فيجوز له التسعير ، ويجبروا على البيع بما سعه الإمام لهم <sup>(1)</sup>.

إلا أن شرط التعدى الفاحش ومجاوزة ضعف القيمة ليس من شأنه أن يحقق رعاية المصالح العامة غالبا ، لا سيما حق الفقراء ومتوسطى الحال ، لأن تجاوز التاجر ضعف القيمة أى بما يزيد عن مائة فى المائة يلحق ضررا بالغا بمعظم الناس ، ويعتبر هذا محاباة للتجار بتوسيع نطاق حريتهم فى التصرف والاستغلال ، لأن أى تاجر لا يطمع أن يحقق ربحا يزيد عن ضعف القيمة ، فهذا الشرط قد يحقق جشع التجار ويضفى على استغلالهم صفة المشروعية .

لذا أرى أن يكون للشرط أن يتعدى التاجر فى القيمة بما يجاوز الحد المألوف فى الأسعار ، فإذا جاوز الحد المألوف والمتعارف عليه بأن كان الغلاء بفعل التجار فإنه يتدخل الإمام بالتسعير ويجبروا على البيع بما ألزمهم به ولا ينتظر تعديهم الفاحش فى القيمة <sup>(2)</sup>.

### الشرط الثالث : أن يتعين التسعير لرفع الضرر :

لقد اتفق الفقهاء القائلين بجواز التسعير على أنه يشترط لتولى الإمام تسعير بعض السلع والحاجات وإلزام التجار بالبيع بهذا السعر الذى عينه : أن يكون التسعير متعينا لرفع الضرر ونفع حاجة الناس ، وذلك بأن كان لا يمكن رفع الضرر ونفع

(1) يراجع : تبين الحقائق 28 / 6 ، الهدية شرح البداية 4 / 206 ، الفتاوى الهندية 3 / 214 تفرق للحكمة 356 ، الروضة الثانية 2 / 104 .

(2) يراجع : بحوث فقهية مقترنة فى فقه الإسلام د / محمد فتحى شرنبى 1 / 591 .

حاجة الناس إلا به فحينئذ يصبح متعينا ، لأنه يكون وسيلة إلى محاربة الاحتكار والغلاء ، فإذا عجز الإمام أو من يتولى أمر المسلمين عن معالجة هذه الظاهرة إلا بالتسعير لصيانة حق العامة من الناس والمجتمع بأكمله فيصبح جائز أو مشروعاً ، أما إذا استطاع منع الضرر عن المجتمع بتوفير السلع وغير ذلك ، وحارب الجشع والاحتكار بدون تسعير ، فلا يجوز التسعير<sup>(1)</sup>.

#### الشرط الرابع : أن يكون الغلاء مفتعلاً<sup>(2)</sup> :

لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الغلاء أمراً طبيعياً بسبب كثرة الخلق الذي أدى إلى التضخم السكاني مع قلة الإنتاج ، أو كان بسبب حرب أو غير ذلك من الأسباب التي ليس للإنسان فيها يد ، فهذا إلى الله مادام الناس يبيعون سلعهم من غير ظلم على الوجه المعروف فيلزمهم بسعر معين يكون إكراه بغير حق .  
أما إذا تعدوا وتحكموا في الأسعار بغير سبب طبيعي كشجعهم وطمعهم في زيادة أرباحهم فإنه يسعر عليهم الإمام ويلزمهم بما سعر عليهم جبراً عنهم ، وهذا يعد إكراههم بحق أباحه الشارع الحكيم رفعا للضرر<sup>(3)</sup>.

#### الشرط الخامس : أن يكون السعر عدلاً للطرفين ، وأن يكون الإمام عدلاً مستعيناً بأهل الخبرة عند التسعير :

فلقد اتفق الفقهاء أيضاً لجواز التسعير أن يكون السعر الجبري الذي يلتزموا به عدلاً للطرفين أي لا يكون ضاراً أو مجحفاً بأى من المتعاقدين البائع أو المنتج ،

---

(1) يراجع : تبين الحقائق 6 / 28 ، الهدية شرح البداية 4 / 206 ، الفتاوى الهندية 3 / 214 المنتقى للنجاشي 5 / 18 ، الطرق للحكمية 356 .

(2) مفتعلاً : أي مصطنعاً وغير حقيقي : فيقال ، قتل الشيء : اختلقه وزوره ، واقتل الحديث واقتل عليه الكتب . اختلقه . يراجع : المصباح المنير 284 ، المعجم الوسيط 728 .

(3) يراجع : الهدية شرح البداية 4 / 206 . فتاوى ابن تيمية 29 / 254 ، الطرق الحكمية 356 ، الصبة لابن تيمية 33 ، شرح كتاب النيل 13 / 663 .



وكذلك المشتري أو المستهلك لقول الله تعالى : ﴿ ولا تبخسوا الناس أشياءهم ﴾ (1)

والبخس إنقاص للحق ، وهو ظلم ، والظلم محرم أيا كان مصدره وموقعه .  
وأن يكون الإمام أو من يقوم مقامه عدلا ، غير مشهور بالظلم والجور ، وأن يتولى التسعير بالعدل الذى لا وكس فيه ولا شطط مستعينا بأهل الخبرة والرأى والبصيرة العدول الأمناء لمعرفة أحوال السوق وأصحاب الصناعات مما يمس حق المسلمين ومصلحهم حتى تضمن العدالة ورعاية حقوق البائع والمشتري .

ولقد أوجب المالكية : أن تشكل لجنة على نحو خاص لتحديد الأسعار لتكون ضمانا لتحقيق العدل والتوازن ، وتكون أبعد عن المحاباة والإرتجال والتحكم فى التسعير ، وتجمع أهل السوق وتسلّمهم كيف يبيعون وكيف يشترون ، وينزلوهم على السعر حتى تتوصل للجنة إلى معرفة مصالح المسلمين البائعين والمشتريين ، ويرضوا على سعر معين حيث يجعل لهم من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف لهم .

فإذا سعر بما لا ربح لهم فيه ، أو لم يرضوا به أدى ذلك إلى فساد الأسعار ، وإخفاء الأكواف وإتلاف أموال الناس .

وإن كان بعض الفقهاء - الأحناف - لم يشترطوا تشكيل لجنة خاصة ، إلا أن الأفضل والأضمن لتحقيق العدل والتوازن هو وجود تلك اللجنة التى تتولى مسئولية التسعير لمراعاة جانب الطرفين .

ولقد أجاز بعض الإمامية أن يتولى التسعير جماعة عدول مسلمين عند تغذر الوصول للحاكم (2) .

(1) جزء من الآية رقم 85 من سورة الأعراف .

(2) يراجع : تبين الحقائق 6 / 28 ، الهداية شرح البداية 4 / 206 ، المنقلى 5 / 19 ، الطرق الحكمية 374 . رسائل الشريعة 12 / 316 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 145 ، الروضة القندية 2 / 104 ، شرح كتاب النبل 13 / 663 . فقه الإسلامى وأدلته للزحلى 4 / 2696 ، بحوث مقارنة فى فقه الإسلامى : بهمد فتحى شرنينى 1 / 588 وما بعدها .

فهذه الشروط السابقة يتوقف عليها عدالة التسعير وتوفير الثقة للطرفين وضمانا لسرعة الاستجابة والامتثال ، فلذا كان لابد من وضع ضوابط معينة لتحقيق السعر العادل الذى لا يلحق ضررا بالبايع ولا يرهق المشتري بأن يكون هناك تناسب بين تكاليف الإنتاج والتصويق والقرءاء ، وغير ذلك من العناصر ، ثم تقدير ربح عادل وتعيين سعر يقع عليه البيع .

ففى تسعير الإمام إيجابا على البيع وإلزاما بالسعر الذى عينه رضى البائع أم أبى وفى ذلك إخراج السلع عن ملكهم ولو بغير رضاهم وبملكها المشتري جبرا عنهم . فلو باع بما سعر عليه فيها ونعمت ، وإن خالف وباع بأزيد مما سعر ، فإنه يعزر على ذلك لما فيه من مجاهرة الإمام بالمخالفة .

وفى صحة بيعه وجهان : أحدهما : البيع باطل ، والثانى : وهو الأصح أن البيع صحيح وينعقد ولا يبطل ، ومخالفة التسعير والظوفى الثمن بما يزيد عن المحدد من المنكرات بل هو أمر محرم شرعا لما فيه من إضرار بالمصالح العامة ، وللإمام منع ذلك والعقاب عليه بما يراه زجرا له ، ويتفقد السوق الموكل بمصلحته ، ويمنع من الزيادة عن الربح أو السعر المحدد ، ومن خالف عقابه وأخرجه من السوق ، ومخالفة التسعير تشمل كل ما يحتاج إليه الناس ويوقعهم حرمانهم منه أو للتغالى فى سعره فى ضيق أو حرج غير معتاد .

فمن يبيع بأنقص من السعر المحدد ، فإنه يقام من السوق عند الإمام مالك حتى لا يضر بسائر أهل السوق ، فالتسعير عند الاحتياج إليه إذا اشتكت حاجة الناس إلى السلع وتعدى التجار فى ثمنها وكان ذلك بفعل التجار فإنه يصبح متعينا ، وإذا تعين طريقا للموجب كان واجبا بالضرورة ، لأن العدل واجب تحقيقه ، وهو تنبير وقائى يمنع دون استغلال حاجة الناس ، وتكبير علاجى يعالج الأزمة أبان وقوعها <sup>(1)</sup> .

(1) يراجع : تبين الحقائق 6 / 28 ، المنقذ 5 / 18 ، معنى المحتاج 2 / 53 ، تكملة لمجموع الثانية للمطبع 13 / 34 ، الحاوى 7 / 84 ، الطرق الحكيمة 370 ، الإنصاف 4 / 338 ، الفقه الإسلامى وألفه للزحلى 4 / 2691 ، 2697 ، فقه المعاملات المالية د / محمد الصياد 167 ط : 1411 هـ ، =

## الضرع الثانى

### شروط الإجار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم فى القانون الوضعى

تمهيد :

لقد تدخل المشرع الوضعى بتشريعات خاصة بالتسعير الجبرى من شأنها أن تحقق السيولة والوفرة لبعض السلع عن طريق سعر وثمن محدد لأكثر السلع يلتزم بها البائع ووضع أيضا تشريعات أخرى يفرض بموجبها عقوبة جنائية فى حالة مخالفة الأحكام التى سعى إلى تحقيقها ، ولتتول فى هذا الفرع الإجار على البيع بالسعر الإلزامى الذى تحدده الجهات المختصة بوضع الأسعار ، ثم أبين حكم البيع بأكثر من السعر المقرر أو الامتناع عن البيع وجزاء ذلك فيما يلى :

**أولا : الإجار على البيع بالسعر الإلزامى :**

إذا كان الأصل أن للمتعاقدين مطلق الحرية فى تحديد مقدار الثمن فى عقد البيع ، إلا أن المشرع الوضعى قد تدخل فى بعض الحالات ووضع قيودا على هذه الحرية فى تحديد الثمن ، وذلك بفرض تسعيره جبرية إلزامية لبعض السلع والخدمات بمقتضاها يلتزم كل من البائع والمشتري بما حدده المشرع لا تجوز الزيادة عليه ، وكذلك إذا تم البيع بالمزاد الجبرى أو بنزع الملكية للمنفعة العامة ، فإن الملكية تنتقل من المالك الذى يعتبر بائعا دون توقف على إرادته ، وكذلك يحدد الثمن على غير إرادته ، فيحدد عن طريق المزاد فى البيع الجبرى بين مقدم أكبر عطاء ، أو القاضى القائم بالبيع ، أو جهة الإدارة أو أهل الخبرة الذين تتدبهم المحكمة لذلك فى نزع الملكية للمنفعة العامة .

وبناء على ذلك : فإن تعيين الأسعار ملزما لجميع الأشخاص الذين يبيعون كل أو بعض الأصناف والمواد والسلع التى يتناولها التسعير .

---

سلاية الحبسة د / عبد الله محمد 417 ، فتاوى ابن تيمية 209 ، 255 ، بحث فقهاء مقارنة د/محمد فتحى شربيني 1 / 605 .

وفى ذلك إخراج الملكية بنقل السلع من مالكيها إلى الغير جبرا عنهم ، ويتملكها المشتري دون التوقف على إرادة البائع رضئى بالسعر أم أبى ؟  
وهذا تملك جبرى مشروع بنص المشرع الوضعى عليه <sup>(1)</sup> .

والإجبار على البيع بالسعر الإلزامى الذى حدده المشرع لا يسرى بأثر رجعى فلا يؤثر على البيوع التى انعقدت قبل صدوره ، وإذا عدلت التسعيرة ، فلا يلتزم المشتري إلا بالسعر السارى عند انعقاد البيع لا بالسعر المعدل وقت التسليم .

ويجوز الاتفاق على أن يكون الثمن هو السعر الجبرى السارى عند التسليم إذا كان البيع موجلا والتسليم على فترات متتابة .

أما القرارات المحددة للأسعار الجبرية تطبق بأثر فوري كما قضت بذلك محكمة النقض المصرية بحيث تسرى على الأسعار المحددة فيها على ما لم يكن قد تم بيعه من السلع قبل صدورها دون اعتبار لما قد يلحق أصحاب هذه السلع من خسارة نتيجة فرض تلك الأسعار <sup>(2)</sup> .

### ثانياً : البيع بأكثر من السعر الإلزامى أو الامتناع عن البيع وجزاء ذلك .

أ - البيع بأكثر من السعر الإلزامى وجزاء ذلك :

لقد ذكرت أن التسعيرة الجبرية تعتبر قيداً على حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن ومن ثم فهذه التسعيرة الجبرية تعتبر حداً أعلى لما يجوز الاتفاق عليه بين

---

(1) يرجع : الوافى فى شرح القانون للمدنى - عقد البيع د / سليمان مرقس 171 ، الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدرولى 121 ، 122 ، تشريعات التموين والتسعير الجبرى : فرج هليل 3 الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى ولأن الدولة : معوض عبد التواب 85 ، 478 التشريعات التموينية : أنور طلبة 490 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ( طعن 348 لسنة 28 نقض مدنى جلسة 12/12/1963م ، طعن رقم 1320 من 24 ق جلسة 12/20/1973م ، طعن 56 لسنة 35 ق نقض جنائى جلسة 2 / 4 / 1969م .

(2) يرجع : الموسوعة الذهبية د/ عبد المنعم حمى 4 / 974 ، طعن 348 لسنة 28 ق نقض مدنى جلسة 12/3/1963 م 14 ص 1139 ، الوافى فى شرح القانون للمدنى د / سليمان مرقس 171 ، الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدرولى 121 ، 122 ، تشريعات التموين / فرج هليل 3 التشريعات التموينية م / أنور طلبة 490 .

المتعاقدين من ثمن في عقود البيع ، وكل اتفاق على ثمن يجاوز هذا الحد الأعلى يقع باطلا ولا يعمل به ، ولكل من الطرفين للتمسك بالبطان في أى وقت ، فيجوز الامتناع عن التنفيذ ، أو إعادة الحال بعد التنفيذ إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، وللمشتري مطالبة البائع بتعويض عن تسببه في بطلان البيع بعمله غير المشروع ، أى البيع بأكثر من السعر الجائز قانونا .

ولقد وضع المشرع الوضعى سعرا إلزاميا لبعض السلع لا تجوز مخالفته ولا الخروج عليه حفاظا منه على رعاية حق المستهلك الضعيف .  
فمن باع سلعة بأزيد من السعر المحدد لها ولم يلتزم بما فرضه المشرع الوضعى فقد وضع له جزاء مخالفة ذلك نوعين من الجزاء :

أحدهما : ما نص عليه المشرع فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950 والمعدل بالقانون رقم 128 لسنة 1982م " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات ، وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين كل من باع سلعة مسعرة جبريا أو محددة الربح أو عرضها للبيع بسعر أو بربح يزيد عن السعر المحدد " .

فمن خلال النص السابق يتضح أن المشرع الوضعى قد وضع العقاب لكل من تسول له نفسه بأن يبيع سلعة بسعر يزيد على السعر أو الثمن المقرر لها ولو قبل المشتري الزيادة فى السعر ، أو يعرض السلعة للبيع ولو لم يتم بيعها بالفعل ، ووجود السلعة فى المحل يعتبر عرضا للبيع (1) .

---

(1) يراجع : تشريعات التامين والتشجير الجبرى : فرج خليل 5، 6، 20، 22 ، التشريعات التموينية أنور طلبة 492 ، الموسوعة الشاملة : معوض عبد التواب 87 ، عقد البيع د / سليمان مرقس - 271 ، توجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدرولى 122 ، قانون العقوبات الخاص د / حسن صادق المرصفاوى 794 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 260 لسنة 33 ق نقض جنائى جلسة 2/8 / 1968 . طعن 213 لسنة 54 ق نقض جنائى جلسة 1/1 / 1986م . الموسوعة لأذهبية د / عبد المنعم حسنى 4 / 975 . 976 ، طعن 26 لسنة 33 ق نقض مدنى جلسة 8 / 12 / 1986 س 19 ص1243 ، نقض مدنى جلسة 2/11 / 1971م .

فحماية للوضع الاقتصادي للدولة ، وللمستهلكين من جشع التجار وتجاوزهم  
السعر المقرر للسلع المسعرة جبريا ، وضع العقاب السابق لكي يكون رادعا لهؤلاء  
الذين يبيعون بأكثر من السعر الإلزامي الذي عينه الحاكم .

الثاني : أي الجزء الثاني على من يبيع سلعة بأزيد من السعر المحدد لها  
علاوة على الجزء الأول .

يختص بموقف العقد الذي تم بين إبطاله كلية ، أو الاقتصاد على تخفيض الثمن  
إلى السعر المحدد .

فاختلف فقهاء القانون في ذلك إلى فريقين :

يرى الفريق الأول : أن البيع يبطل بطلانا مطلقا إذا تم بسعر أعلى من السعر  
الرسمي الجبري ، وللبائع والمشتري التمسك به ، وإعادة الحال إلى ما كان عليه  
قبل التعاقد ، وليس للقاضي تعديل الثمن أو التعويض .

ويرى الفريق الثاني : أن العقد لا يبطل كلية ولكن يقتصر على تخفيض الثمن  
إلى السعر المحدد (1) .

والقول الأول مردود : لأنه لا يحقق هدف المشرع من التسعير الجبري ، وهو  
تيسير حصول المستهلك على السلع الضرورية بثمن مناسب ، وفي إبطاله البيع  
وإلزامه برد السلعة ما قد يجعله يحجم عن طلب البطلان إذا كان في حاجة ماسة  
إلى السلعة .

فلذا كان القول بتخفيض الثمن إلى السعر المحدد ، والمشتري يأخذ المبيع في  
مقابل ثمنه الرسمي ويسترد ما دفعه زائدا على ذلك الثمن دون إبطال البيع هو  
الأولى بالقبول .

وهذا يتفق مع حكم القواعد العامة التي تقرر أن العقد إذا كان باطلا في شق منه  
فهو وحده الذي يبطل ، والشق الباطل هنا هو إلزام المشتري بدفع القدر الزائد عن  
الثمن المحدد.

---

(1) يراجع : الوجيز في عقد البيع د / عبد المنعم البدرأوى 123 ، عقد البيع د / سليمان مرقس 172.

وهذا يتفق أيضا مع الهدف من التسعير الجبرى للسلع الضرورية إذ يحقق مصلحة المستهلك فى الحصول على السلعة بالثمن المحدد ، ويردع البائع ويمنعه عن الخروج عن التسعيرة الجبرية .  
وكثيرا ما تنص قوانين التسعيرة على إلزام البائع برد الفرق إلى المشتري فضلا عن العقوبات التى يتعرض لها (1) .

#### ب - الامتناع عن البيع وجزاء ذلك :

لا يجوز للبائع أن يمتنع عن بيع سلعة مسعرة تسعيرا إلزاميا من قبل الجهات المختصة ، متعللا فى ذلك بعلّة منعه من البيع .

فمتى كانت السلعة مسعرة أو محددة السعر وعرض المشتري الثمن على البائع وجب على البائع أن يبيعها وليس له أن يتعلل بأى علة فى الامتناع عن البيع ، ويقول أن هذه العلة هى سبب امتناعه ، لأن القانون أراد أن يخرج على الأصل فى حرية التجارة لتبرير وسائل العيش الضرورية للناس ، فحدد أثمان بعض السلع والحاجيات وألزم للتجار أن يبيعوها بهذا السعر ولا يحق لهم الامتناع (2) .

وفى ذلك صدر قرار التمييز رقم 184 لسنة 1975 بشأن حظر حبس السلع عن التداول.

فنص فى المادة الأولى على أن " يحظر على التجار أو الحائزين للسلع الواردة بالجدول المرافق بهذا القرار حبسها عن التداول عن طريق إخفائها أو عدم طرحها فى الأسواق أو الإتفاق على سحبها من المناطق المخصصة لتداولها ، أو تعليق بيعها على شروط مخالفة للعرف التجارى ، أو التلاعب بالتدابير الخاصة بنظام التعامل فى الأسواق " .

(1) يراجع : لوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البيرلوى 123، عقد البيع د / سليمان مرقس 172 .

(2) يراجع : تموسوعة شاملة فى التمييز والتسعير الجبرى : معروض عبد التواب 480 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 5213 لسنة 54 ق نقض جنائى جلسة 1/1/1986م .

والإمتناع عن البيع يعاقب عليه سواء كان الإمتناع بسبب طلب سعر يزيد على السعر المحدد أو لم يكن ذلك ، وسواء كانت السلعة موجودة فى حوزة المتهم أو فى مخزنة مادامت معدة للبيع .

ولقد حدد المشرع الوضعى جزاء الإمتناع عن البيع فى المادة الثانية من قرار التموين السابق الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين ، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه ، أو إحدى هاتين العقوبتين، ثم عدلت تلك العقوبة فى المادة للتاسعة من القانون رقم 108 لسنة 1980 والقانون 128 لسنة 1982 وأصبحت " الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " . وفوق ذلك كله نص المشرع على أن تضبط الأشياء موضوع الجريمة ويحكم بمصادرتها وإغلاق المحل مدة لا تتجاوز ستة أشهر سواء باع بأزيد من السعر المحدد أو امتنع عن البيع (1) .

ولقد جرم المشرع الوضعى الإمتناع عن البيع ولو كانت السلعة غير مسعرة أو غير محددة الربح ووضع لها عقابا بنص المادة 3/13 من القانون السابق الإشارة إليه ، وهذه العقوبة هى :

الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن 50 جنيه ولا تزيد عن مائة جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين (2) .

---

(1) يراجع : التشريعات التموينية : م / أنور طلبية 153 ، 492 ، 623 ، تشريعات التموين والتسعير الجبرى : فرج هليل 5 ، 8 ، 22 ، 23 ، قانون العقوبات الخاص د / حسن صادق المرصفاوى 799 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 2048 لسنة 38 ق نقض جنائى جلسة 1969/2/17 نقض مدنى جلسة 1948/2/22 طعن 230 م 18 ق جلسة 1970/5/3 م 21 ق 151 ، طعن 6992 لسنة 54 نقض جنائى جلسة 1986/1/9 م ، طعن 115 لسنة 36 نقض جنائى جلسة 1966/3/21 .

(2) يراجع : قانون العقوبات الخاص د / حسن المرصفاوى 799 ، 808 ، لتشريعات التموينية م / أنور طلبية 153 ، 492 ، تشريعات التموين / فرج هليل 22 ، 23 ، الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى : معرض عبد التواب 100 ، 101 مجموعة أحكام محكمة النقض ، نقض مدنى -



ورغم تغليظ العقوبة على المرتكبين لجرائم التسعير الجبرى سواء بالبيع بأزيد منه أو الامتناع عن البيع ، لا تجد ردعا وإنما إندباذا للجشع والاستغلال علية وجها فأصبح سمة المجتمع ليس فى المواد التموينية فحسب بل فى كافة الأنشطة ، وامتد ذلك إلى غذاء الحيوان ومستلزمات الإنتاج الزراعى وغيره ، وامتد كذلك من التجار إلى الحرفيين والمهنيين ، وتمكن كل من هؤلاء من إلقاء عبء الغلاء على غيره .

فتجد طائفة من المجتمع لم تتأثر بالغلاء وذلك لارتفاع المستوى الاقتصادى والاجتماعى لهم ، وربما تكون هذه الطائفة هى للمتحمكة فى ارتفاع الأسعار لسلطانها وقوتها المالية .

وطائفة أخرى من المجتمع تحملت الغلاء كاملا ، فمنهم من تمكن من عبء الغلاء بما يحفظ له مستواه الذى كان عليه ، ومنهم من تحمل عبء الغلاء فى المجتمع المصرى راضيا بذلك ، لأنه لا حول له ولا سبيل لدفع ذلك إلا بتدخل المشرع الوضعى بصورة فعالة ، وعلى نحو يحقق ردعا حقيقيا لمثل هؤلاء المخالفين الذين يمتصون دماء الشعب فى سبيل مصلحتهم فلا بد من تغليظ العقوبة بفرض حراسة إدارية على المحل الذى ارتكبت فيه المخالفة فور وقوعها ، وبعد ثبوت الجريمة بحكم نهائى تتحول الحراسة إلى مصادرة ، وتمتد المصادرة إلى كل ما يملك المتهم ، لأن ذلك قد يكون علاجا وردعا حتى ينصلح المجتمع المصرى ويرأى من كثير من العفن الذى ينخر فى كيانه ويكاد أن يودى به <sup>(1)</sup> .

---

- جلسة 5/30/1976م من 18 ، ص 727 . نقض مننى جلسة 12/17/1969م من 20 ص 271  
نقض مننى جلسة 3/21/1966م من 17 ص 236 .

(1) يراجع : التشريعات التموينية : د / أنور طايه ( المقدمة ) .



### المضلع الثالث

## الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح  
ملئآتى:

1 - لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن الأصل ، أنه للمتعلدين  
مطلق الحرية وتحديد مقدار ثمن ما يتبايعونه على وفق إرادتهم ولا يسعر  
عليهم ما دلموا فى ذلك ملتزمين بعدم الإحتكار والاستغلال لحاجة الناس  
ورفع الأسعار دون مبرر شرعى أو قانونى .

2 - كذلك اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن لولى الأمر  
سلطة التدخل لحماية المجتمع من جشع التجار والمستغلين إذا تعدوا  
واحتكروا السلع التى يحتاج الناس إليها وذلك بالتسعر أى بتحديد ثمن ما  
يتبايعونه ، على أن يلتزموا بهذا السعر ولا يزيدوا عنه ، ويجبروا على البيع  
به .

3 - أيضا اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى عدم جواز  
البيع بأزيد من السعر المعين عليهم من قبل الجهات المختصة ، ومن باع  
بأزيد منه فإنه يعاقب على ذلك ، وإن كان القانون الوضعى جرم الامتناع  
عن البيع ، أو البيع بأزيد من السعر ونص على عقوبة من يخالف ذلك  
بالحبس أو الغرامة وقد تصل إلى المصادرة حتى يكون ذلك ردعا له ولغيره  
ولكل من يستغل حاجة الناس .

فالفقه الإسلامى وإن لم يكن قد نص على عقوبة معينة ، إلا أنه قد ذهب بعض  
الفقهاء إلى أن مخالفة التسعر أمر محرم ومن المنكرات ، ويعاقب التعزير ،  
والتعزير بما يراه الإمام فقد يصل إلى الحبس أو الغرامة أيضا ، وقد قالوا أنه يقوم  
من السوق أى يحكم عليه أيضا بالإغلاق للمحل الذى ارتكبت فيه المخالفة.

4 - أيضا اتفق القانون الوضعى مع لفقه الإسلامى فى مصير العقد الذى تم بأزيد من السعر وذلك على قولين : أحدهما: يبطل العقد كلية ، والثانى: وهو الأصح والراجح عند الشرعيين والقانونيين أن البيع صحيح وينعقد ولا يبطل. وبذلك يكون موقف القانون الوضعى متفقا مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من محاربة الاحتكار والاستغلال بالتسعير لبعض السلع والحاجات التى يحتاج الناس إليها على أن يلتزموا بذلك السعر ويجبروا على البيع به ، ومن يخالف ذلك يعاقب العقوبة المناسبة حتى ينصلح الوضع الاجتماعى والاقتصادى برفع الظلم والضرر عن المحتاجين والأخذ على أيدي المخالفين المتعدين الذين يريدون أن ياكلوا أموال الناس بالباطل .

## المبحث الخامس بيع الأموال جبراً على أصحابها للنفقة الواجبة عليهم

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف النفقة وأسبابها .

المطلب الثاني : تملك من تجب له النفقة جبراً عن تلمذه عند امتناعه .

### المطلب الأول تعريف النفقة وأسبابها

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف النفقة وأسبابها في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : تعريف النفقة وأسبابها في القانون الوضعي .

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف للفقه الإسلامي والقانون الوضعي من تعريف النفقة وأسبابها .

### الضلع الأول تعريف النفقة وأسبابها في الفقه الإسلامي

أولاً : تعريف النفقة :

النفقة في اللغة :

النفقة لغة مأخوذة من نفق الشيء نفقا : فنى ، وأنفقته : أفنيته ، وأنفق الرجل : فنى زاده ، ونفقت الدابة نفقا ، ماتت ، ونفقت السلعة والمرأة نفقا : كثر طلبها وخطابها ونفقت الدراهم نفقا : من باب تعب ، والنفقة اسم منه وجمعها نفاق ، مثل : رقة ورقاب ونفقات على لفظ الواحدة .

والنفقة : اسم من الإنفاق ، وما ينفق من الدراهم وغيرها ، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوها، جمع : نفقات ، ونفاق : وأنفق : افتقر وذهب ماله ، والتاجر : راحت تجارته (1) .

النفقة شرعا :

لقد اختلفت تعاريف الفقهاء للنفقة ، وذلك نظرا لاختلافهم في الأحكام المتعلقة بها عندهم .

عرفها الحنفية بأنها :

الإبرار على الشيء بما به بقاؤه ، وقيل : هي الطعام والكسوة والسكنى (2) .

وعرفها المالكية والإباضية فقالوا :

ما به قول معاد حال الأكمى دون سرف ، وهو الشيء الذى يعطى فى الإنفاق (3) .

وعرفها الشافعية بأنها :

النفقة من الإنفاق وهو الإخراج ، ولا يستعمل إلا فى الخير ، وصرف الشيء فى غيره (4) .

وعرفها الحنابلة بأنها :

كفاية من يمونه خبزا وإداما وكسوة ومسكنا وتوابعها (5) .

---

(1) يراجع : القاموس المحيط للفيروز آبادى 3 / 296 ، ط : مكتبة مصطفى الحابى ، الطبعة الثانية المصباح المنير 367 ، مختار الصحاح 304 ، المعجم الوسيط 982 .

(2) يراجع : شرح فتح القدير لابن الهمام وشرح العنقية للبارتلى على الهداية 4 / 378 .

(3) يراجع : بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى 1 / 480 ، شرح كتاب النيل 14 / 5 .

(4) يراجع : حاشية قليوبى 4 / 69 ، مخنى المحتاج 3 / 542 .

(5) يراجع : كنشاف القناع 5 / 460 ، الروض المربع شرح زاد المستقنع 518 .

وعرفها الإمامية بأنها :

للشيء الذى يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرها<sup>(1)</sup>. والظاهرية والزيدية لم يتعرضوا لتعريفها ويفهم من كلامهم أنها : كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة ونحوهما<sup>(2)</sup> .

نظرة فى التعاريف السابقة .

بالنظر فى التعاريف السابقة للنفقة يتبين ما يأتى :

لقد تناول الحنفية تعريف النفقة وخصوصها بالطعام فقط حيث قالوا : " يجب للزوجة على زوجها إذا سلمت إليه نفسها فى منزله نفقتها ، وكسوتها وسكنائها " وقالوا : لأن السكنى من كفائتها فتجب لها كالنفقة " .

وكذلك الشافعية خصوصها بالطعام ، فقالوا : يجب للزوجة الطعام ، والإدلم ، والكسوة وآلة التنظيف ، ومتاع البيت ، والسكنى ، والخادم .

والحنابلة وإن أطلقوا لفظ النفقة على الطعام والكسوة والسكنى وزادوا تولبها ، أى تولب الطعام والكسوة والسكنى من إدلم وغطاء ، ومرافق السكن من ماء وآلة التنظيف ، إلا أن هذه التعاريف تلحق الضرر بطالب النفقة ، لأن نفقة العلاج والتعليم تعد من الأمور التى لا تقوم الحياة إلا بها عند تعيها ، وكذلك الخادم مع أن الحنفية والحنابلة قالوا بوجوبها إلا أن التعريف لا يشملها<sup>(3)</sup> .

بينما تعريف المالكية والإباضية يعد أقرب التعاريف للجامعة للنفقة حيث جمع عناصر النفقة ، فالحياة لا تقوم إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى والعلاج

(1) يراجع : سبل السلام للصنعلى 3 / 449 .

(2) يراجع : المحلى 10 / 88 مسألة 1927 ط : دار الفكر ، البحر الزخار 4 / 271 ، السبل الجردى 2 / 446 .

(3) يراجع : الهداية بهامش شرح فتح القدير 4 / 397 ، الاختيار لتعظيم المختار 3 / 158 ، ط : الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية 1414هـ ، مغنى المحتاج 3 / 542 ، الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام د / محمد سلام مذكور 185 وما بعدها ط : دار النهضة العربية - القاهرة .

والتعليم ، وأن يكون ذلك بقدر الحاجة دون إسراف أى تبذير ، والمراد به الزائد على العادة بين الناس .

والتبذير : صرف الشيء فيما لا ينبغي ، فليس ذلك بنفقة شرعا .

إلا أنه يؤخذ عليهم أنهم خصوا النفقة بالآدمى ، مع أن النفقة على غير الآدمى كالبهائم تكون واجبة - كما سيوضح ذلك فى هذا الفرع عند الحديث عن أسباب النفقة - حيث قالوا " ما به قوام معتاد حال الآدمى ، فيخرج بذلك ما به قوام حال غير الآدمى كالتبئ للبهائم " (1) .

وبعد هذه الملاحظات على تعاريف الفقهاء للنفقة أرى أن جميع الفقهاء قد قالوا بوجوبها سواء منهم من قال بأنها تطلق على الطعام فقط ، أو تطلق على الطعام والكسوة والسكنى ، فمن خصها بالطعام فقط فقد أوجب الكسوة والسكنى أيضا ، لذا فلا خلاف بينهم .

وأرجح ما قاله بعض الفقهاء بأن النفقة هى : الشيء الذى يئزله الإنسان فيما يحتاجه هو على نفسه ، أو على غيره ممن تلزمه نفقته آدميا أو غيره بأن يوفر له كل ما يحتاج إليه من ضرورات الحياة من مأكول ومسكن وكسوة ودواء وخادم وما يشبه ذلك حسب العرف وفى حدود وسعه وطاقته دون إسراف أو تقتير .

فالطعام يشمل الخبز والألم والشرب ، والكسوة تشمل: السترة والغطاء ، والسكنى تشمل البيت ومآتعه ومرافقه من ثمن الماء وآلة للتنظيف والخدمة ودهن المصباح زيتيه أو ما يقاد به ويحل محله من نطف أو كهرباء وغير ذلك (2) .

(1) يرجع : بلغة السالك لأقرب المسالك 1 / 480 ، شرح كتاب النيل 14 / 5 .

(2) يرجع : سبل السلام 3 / 449 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحلى 7 / 765 ، حقوق الزوجة فى الفقه الإسلامى د / محمد حسنى سليم 171 ط : دار الطباعة المحمدية ، الطبعة الأولى 1403 هـ .



## ثانيا : أسباب النفقة :

قبل بيان أسباب النفقة أرى أنه من الواجب أن أبين أن النفقة قسمان : أحدهما : نفقة تجب للإنسان على نفسه ، والثانية : نفقة تجب على الإنسان لغيره .

أ - نفقة الإنسان الواجبة على نفسه يقدمها على نفقة غيره وذلك لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - فيما رواه أبو هريرة - رضى الله عنه : " خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بنفسك ثم بمن تعول " ، وفى رواية عن جابر - رضى الله عنه - إبدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فأهلك .... " (1) .

ب - أما النفقة التى تجب على الإنسان لغيره فأسباب وجوبها ثلاثة :

الزوجية ، القرابة ، الملك ، وأتناول هذه الأسباب بشيء من التفصيل فيما يلى :

### أولا : نفقة الزوجة :

إن من أهم الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها النفقة بسبب عقد النكاح (2) ، بأن يقدم لها كل ما تحتاج إليه من وسائل معيشتها وحياتها .

وفىما يلى بيان مشروعية نفقة الزوجة، وشروط وجوبها، وما تشمله النفقة ومقدارها .

### أ - مشروعية نفقة الزوجة :

---

(1) للحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب النفقات 20 / 188 ح : 5355 ط : التكايات الأزهرية ومسلم فى الزكاة 7 / 68 ح / 997 ، أحمد فى مسنده 2 / 278 ، وأبو داود فى الزكاة 2 / 132 ح / 1676 ، والسنن فى الزكاة 5 / 62 ، وابن حبان 6 / 220 ، ح / 4229 ، والشوكانى فى نيل الأوطار 6 / 380 ح / 2973 ، ح / 383 2977 .

(2) النكاح لغة : أطلق على عدة معان منها : العقد والوطء والجمع والضم . واصطلاحا : عقد يضمن بإحاطة وطء بلفظ نكاح أو تزويج فهو ملك انتفاع لا ملك منفعة . يراجع : لسان العرب 6 / 4537 ، حاشية قليوبى 3 / 206 .

لقد اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها (1). وثبتت مشروعيتها بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول .  
من الكتاب :

- 1- قول الله تعالى : ﴿ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة﴾ (2).
- 2 - وقول الله تعالى : ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم .....﴾ (3) .
- 3 - وقول الله تعالى : ﴿أسكنوهن من حيث مكنتن من وجنكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن...﴾ (4)
- 4 - وقول تعالى : ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله.....﴾ (5) .

وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمات على وجوب النفقة للزوجة :

تدل الآية الأولى على أنه يجب للزوجة من الحقوق الزوجية كما يجب عليها للرجل من حق الطاعة وغيره ، فلها حق إقرار الإنفاق لأنه من الحقوق الزوجية الواجبة لها (6) .

وتدل الآية الثانية على أن القولمة للرجل بالنفقة على زوجته والدفاع عنها فعليه المهر والإنفاق (7)، وتدل الآية الثالثة على أن إسكان الزوجة المطلقة أمر واجب

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 22 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 1 / 480 ، مسالك الدلالة 214 ط : دار الفكر ، المغنى 11 / 199 ، ط : دار الحديث ، المحلى 9 / 113 ، 249 ، البحر الزخار 4 / 271 ، السيل الجرار 2 / 446، فقه الإمام جعفر 5 / 317 ، للروضة الندية 2 / 74 ، شرائع الإسلام 3 / 349 ، كتاب النيل 14 / 5 .

(2) جزء من الآية رقم 228 من سورة البقرة .

(3) جزء من الآية رقم 34 من سورة النساء .

(4) جزء من الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

(5) جزء من الآية رقم 7 من سورة الطلاق .

(6) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 127 ، أحكام القرآن لابن العربي 1 / 257 .

(7) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 5 / 174 ، أحكام القرآن لابن العربي 1 / 530 ، 531 .

على حسب قدرتهم وطاقاتهم ، والأمر بالإسكان أو بالإتفاق ، لأنها لا تحصل ولا تصل إلى النفقة ، إلا بالخروج والإكتساب ، ولا تضاروهن في الإتفاق عليهن ، فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن ، وهذا الأمر إن كان واردا في المطلقة فمن باب أولى يجب ذلك للزوجة حال قيام الزوجية <sup>(1)</sup> .

وتدل الآية الرابعة : على وجوب الإتفاق عامة ، وهذا أمر بالإتفاق يفيد الوجوب ، أى لينفق الزوج على زوجته على قدر وسعه ، فهي ليست مقدرة بل بحسب الحال والسعة <sup>(2)</sup> .

من السنة :

- 1 - ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن هند بنت عتبة <sup>(3)</sup> زوج أبى سفيان <sup>(4)</sup> قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح <sup>(5)</sup> لا يعطنى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى إلا ما أخذ من ماله بغير علم فقال صلى الله عليه وسلم : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك " <sup>(6)</sup> .

(1) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 18 / 161 ، 162 ، أحكام القرآن لابن العربي 4 / 286 ، 287 .

(2) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 18 / 164 ، أحكام القرآن لابن العربي 4 / 289 .

(3) هند بنت عتبة : هي هند بنت عتبة بن رب.

(4) أبو سفيان هو : صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس القرشي المكي صحابي من سادات قريش أسلم يوم فتح مكة شهد حنيناً والطف ، وفقت عينه يومئذ ، وشهد اليرموك ، وروى له البخارى ومسلم . كان من أشراف قريش وتجارهم ، كان من المؤلفة ثم حصن إسلامه ، ونزل بالمدينة ، وهو ولد يزيد ، ومعاوية ، ولم حبيبة لم المؤمنين ، توفي سنة 31 هـ وقيل 34 هـ - رحمه الله تعالى - وهو ابن 88 سنة يراجع : الأعلام 3 / 288 ، شذرات الذهب 1 / 37 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 521 .

(5) الشح : البخل ، والبخل : منع الواجب ، ويقال بخل : ضمن بما عليه ولم يجد ، والشح أعد من البخل لأن الشح : يختص بمنع المال ، والشح يعم منع كل شيء في جميع الأموال ..... يراجع : التصباح المنير 28 / 184 ، المعجم الوسيط 62 ، 499 ، نيل الأوطار 6 / 383 .

(6) الحديث صحيح أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما : يراجع : صحيح البخارى 20 / 197 . ح / 5364 ، ط : الكلبيات الأثرية ، وصحيح مسلم 12 / 368 ، ح / 1714 ، سنن أبو داود 3 / 288

- 2 - ما روى عن معاوية القشيري<sup>(1)</sup> أن رجلا جاء إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال : " ما حق للمرأة على زوجها ، فقال : صلى الله عليه وسلم - أن يطعمها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسى ولا يضرب الوجه ولا يقبح ولا يهجر إلا في البيت " <sup>(2)</sup> .
- 3 - ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع : " اتقوا الله في النساء فإنهن عوان <sup>(3)</sup> عندكم ، أخذ تموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف....." <sup>(4)</sup> .

---

ح / 3532 ، سنن النسائي 8 / 246 ، مسند الإمام أحمد 6 / 206 ، سنن ابن ماجه 2 / 769 ح / 2293 صحيح ابن حبان 6 / 225 ، ح / 4241 .

(1) معاوية القشيري هو معاوية بن حيدة بن معاوية بن قيس بن قشر بن ربيعة بن عامر القشيري البصري الصحابي ، وهو جد يهز بن حكيم بن معاوية ، غزا خراسان ومات بها روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - روي عنه : ابنه حكيم وعروة ، وله ثلاثة غُسر حديثا ، يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 2 / 406 ، تهذيب التهذيب 10/205 ، 206 رقم 382 .

(2) الحديث أخرجه أبو داود في سننه 2 / 251 ح / 2142 ، وابن ماجه 1 / 593 ح / 1850 ، وأحمد في مسنده 5 / 3 ، والسنن في سبل السلام 3 / 454 ح / 1070 ، وابن حبان في صحيحه وصححه 6 / 226 ح / 4246 .

(3) عون : أي أسيرات ، فحوان جمع ، ومفرد للمذكر : عانى ، وللمؤنث عانية ، والعانى : الذليل ، والأسير ، مأخوذ من عنا عتوا : خضع وذل ، والأسم : الغناء ، فهو عان ، وقيل للمرأة عانية ، لأنها محبوسة عند الزوج . في كالأسرى . يراجع : المصباح المنير 258 ، المعجم الوسيط 664 نيل الأوطار 6 / 250 .

(4) تحيث صحيح رواه عمرو بن الأحوص أنه شهد حجة الوداع مع النبي صلى الله عليه وسلم وأخرجه مسلم في صحيحه 8 / 317 ، وما بعدها ح / 1218 ، وأبو داود 2 / 189 - 193 ح / 1905 وابن ماجه في كتاب النكاح 1 / 594 ح / 1851 ، وفي كتاب المناسك 2 / 1022 - 1027 ح / 3074 ، أحمد في المسند 5 / 73 وأقرمذى 3 / 467 ح / 1163 .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث على وجوب النفقة للزوجة وأنها مقدرة بكفايتها ، ولو لم تكن واجبة لما أذن النبي " صلى الله عليه وسلم " لهند أن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه ، فهذا يوجب لهن النفقة (1) .

من الإجماع :

أجمعت الأمة في كل العصور من الصحابة والتابعين والفقهاء على وجوب النفقة للزوجة على زوجها ، مادامت للزوجة في طاعته ، ولم تكن ناشزا بخروجها عن الطاعة ، وأوجبها الظاهرية ولو نشزت للزوجة (2) .

من المعقول :

المرأة محبوسة لحق زوجها فالنفقة في مقابل الاحتباس ، لأن الزوجة قد قصرت نفسها على زوجها بمقتضى عقد الزواج ، وتفرغت لواجبات الحياة الزوجية ، ورعاية شئون البيت ، فالواجب على زوجها أن يقوم بنفقتها ، لأن كل من خصص نفسه لمنفعة غيره كانت نفقته واجبة على هذا الغير كالتقاضى ، والوالى ، والمفتى ، وغيرهم كالجندي والموظف ، فإن نفقتهم واجبة في بيت مال المسلمين - أى فى مال الشعب - لأنهم خصصوا أنفسهم للقيام بأعمال تعود بالنفع على المسلمين ، وحسبوا أنفسهم عن طلب الرزق لمنفعة الدولة فحق عليها أن تقدم لهم ما يكفيهم وأهلهم بالمعروف ، ولقد حبست الزوجة نفسها لرعاية شئون البيت فحق لها النفقة وتشمل هذه النفقة حال قيام الزوجة وفى حالة العدة من طلاق أو تفريق ، لأن العدة

---

(1) يرالج : شرح النووي لصحيح مسلم 8 / 328 . 329 ، 12 / 368 ، سبل السلام 3 / 451 ، نيل الأوطار 6 / 381 - 383.

(2) يرالج : بدائع الصنائع 4 / 22 ، بداية المجتهد 2 / 106 ، بلغة السالك 1 / 481 ، الميزان الكبير الشرائعية 2 / 193 ، المعنى والشرح الكبير 11 / 200 / 201 ، كشاف للقناع 5 / 460 المحلى 9 / 249 ، البحر الزخار 4 / 271 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 317 ، النيل 14 / 5 .

ثابتة لحق الزوج فيجب فيها النفقة عليه كما تجب حال قيام الزوجية ، وأيضا النفقة كالمعلوضة في مقابل المنفعة <sup>(1)</sup> .

ب - شروط وجوب نفقة الزوجة :

الشرط الأول : أن يكون للزوج صحيفا :

اتفق الفقهاء على أنه لكي تستحق الزوجة النفقة وتكون واجبة لها أن يكون عقد الزواج صحيحا ، سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة ، أما إذا كان الزواج فاسدا <sup>(2)</sup> فلا نفقة واجبة لها على الزوج ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، والزوجة في العقد الفاسد لا يمكن احتباسها لحق الزوج بل يجب التفريق بينهما .

ولو اتفق عليها فليس له الرجوع بما أنفق ، لأنه إن كان عالما بفساد عقد النكاح فهو متطوع بالإنفاق ، وإن كان غير عالم فهو مفرط ولم يرجع بشيء <sup>(3)</sup> .

الشرط الثاني : أن تسلم المرأة نفسها إلى الزوج تسليما تاما :

ذهب جمهور الفقهاء على أنه يشترط لوجوب نفقة الزوجة على زوجها أن تسلم نفسها إليه أو تظهر استعدادها لتسليم نفسها بحيث لا تمنع عند الطلب نفسها ، فتخلي بينها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها دخل بها لم يدخل بها، دعت الزوجة أو وليها إلى الدخول أم لم تدعه ، فلو نقلها إلى بيته فهذا تسليم

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 23 ، الاختيار 3 / 157 ، شرح فتح القدير 4 / 379 ، للمعونة 1 / 522 حاشية صميرة 4 / 70 ، المغنى والشرح الكبير 11 / 200 ، 201 ، كشف القناع 5 / 460 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 231 .

(2) مثال : الزواج الفاسد كالعقد على امرأة وهي ما زالت في عدة رجل آخر ، أو يعقد على أخت زوجته والأخت الأولى ما زالت في عصمته . يراجع : حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي د / محمد حسني سليم 176 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 23 . شرح فتح القدير 4 / 379 . شرح الزرقاني على مختصر خليل 4 / 244 ط : دار الفكر - بيروت ، حاشية كلبوي 4 / 77 ، للمعنى 11 / 278 ، كشف القناع 5 / 465 - 467 ، البحر الزخار 4 / 271 ، شرائع الإسلام 2 / 347 ، شرح كتاب النيل 14 / 5 وما بعدها. فقه الإسلام وأئنته للزحيلي 7 / 789 ، الأحوال الشخصية لأبي زهرة 231

حقيقى، وأما إذا ظلت فى بيت أبيها برضاه ولختياره وكانت على استعداد للانتقال متى طلب منها ، فهذا تسليم حكمى ويجب لها النفقة .

إلا المالكية قالوا : لكى تجب النفقة على الزوج قبل الدخول أن تدعو المرأة أو وإيها الزوج إلى الدخول . فإذا منعت نفسها من الانتقال إلى بيته بحق كان لها النفقة كالإمتناع لعدم تسليم المهر أو لعدم تهينة للممكن ، أما إذا منعت نفسها بغير حق كمنعه من الدخول عليها بغير أن تطلب تحويلها إلى داره فلا نفقة لها <sup>(1)</sup>.

الشرط الثالث : أن تكون الزوجة كبيرة مطيقة للوطء :

تحريير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لوجوب النفقة للزوجة على زوجها أن تكون الزوجة كبيرة مطيقة للوطء سواء كان الزوج كبيرا بالغا أو صغيرا غير بالغ إلا المالكية ووجهه عند الشافعية قالوا إن كان الزوج صغيرا غير بالغ ودخل بها فلها النفقة ، وإن لم يدخل بها فلا نفقة لها لعدم تمكنه من الإستمتاع ولكنهم اختلفوا فيما إذا كانت الزوجة صغيرة لا تحتمل الوطء أو لا بجامع مثلها فى وجوب النفقة لها وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء ( الحنفية ، والمالكية فى قول ، ووجه عند الشافعية، والحنابلة والزيدية ، والإمامية ، والإباضية ) إلى أن الصغيرة التى

---

(1) يرجع : بدائع الصلت 4 / 27 ، الهداية شرح الحناية بهامش شرح فتح القدير 4 / 382 ، الاختيز 3 / 159 ، المعونة 1 / 522 ، بداية المجتهد 2 / 106 ، الشرح الكبير وحاشية السوى 2 / 508 . الجلال المحلى وحاشية قزوينى 2 / 78 . منى المحتاج 3 / 554 ، المغنى 11 / 201 ، 263 ، 269 . الروض المربع 520 ، المحلى 9 / 113 ، 249 ، البحر الزخار 4 / 271 شرع الإسلام 2 / 47 . فقه الإمام جعفر 5 / 317 ، شرح كتاب النول 14 / 5 وما بعدها الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام د / محمد مذكور 188 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحلى 7 / 789 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد بن زهرة 232 .

لاحتتمل الوطء لا نفقة لها ، لأن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور الوجوب مع تعذر الاستمتاع فلم تجب للنفقة (1) .

القول الثاني : ذهب إليه مالك في قول والشافعية في وجه والظاهرية ، والثوري: إلى أن الزوجة تجب لها النفقة مطلقا كبيرة كانت أو صغيرة حتى ولو كانت في المهد ، إلا أن المالكية قالوا إذا دخل بها فلها النفقة وإلا فلا (2) .

فإذا كان الزوج صغيرا وكانت زوجته كبيرة فلها النفقة عند الجمهور لأنها سلمته نفسها كما لو كان الزوج كبيرا ، والعجز من جهته فكان كالمجبوب والعين .

والسن الذي تصل إليه الصغيرة حتى تستحق النفقة عند الجمهور قيل : سبع سنوات ، وقيل: تسع ، وقيل : أن عدم التقدير أولى لأن ذلك يختلف باختلاف البنية(3) .

الشرط الرابع : ألا تغترب الزوجة على زوجها حق الاحتباس بدون سبب شرعي: فلقد اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة مادامت لم تغترب على زوجها حقه في احتباسها وكذلك اتفقوا على وجوب النفقة ولو فأت حق الزوج بسبب شرعي من جهته كالمجبوب، والعين، والمريض، والمحبوس، والمسافر للحج أو لغيره ، فلها النفقة .

---

(1) يراجع: الهداية وشرح العناية وشرح فتح القدير 4 / 383 ، الاختيار 3 / 160 ، بدائع الصنائع 4 / 28 ، بداية المجتهد 2 / 106 . للمعونة 1 / 522 ، حاشية للسوقى 2 / 508 ، بلغة السالك 1 / 481 ، الجلال المحلى وقلوبى 4 / 78 ، 79 ، مغنى المحتاج 3 / 558 ، الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 193 ، المغنى 11 / 266 ، كشف القناع 5 / 470 - 471 ، البحر للزخار 4 / 271 ، شرائع الإسلام 2 / 347 ، شرح كتاب النفل 14 / 5 وما بعدها

(2) يراجع : حاشية السوقى 2 / 508 . بلغة السالك 1 / 481 ، المعونة 1 / 522 . الجلال المحلى وحاشية قلوبى 4 / 78 . 79 . الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 193 ، المحلى 9 / 250 ، الفقه الإسلامى وأئنته للزحلى 7 / 789 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 28 . بداية المجتهد 2 / 106 . مغنى المحتاج 3 / 558 . المغنى 11 / 266 ، البحر للزخار 4 / 271 . شرائع الإسلام 2 / 347 . النفل 14 / 5 ، الأحوال الشخصية لابن محمد أبو زهرة 233 .



أما إذا فات حق للزوج بمسوح شرعى أو بسبب شرعى كالنشوز<sup>(1)</sup> فلا نفقة لها أيضاً عند الجمهور ولم يخالف سوى الظاهرية فقالوا تجب للناشز النفقة ، لأن الحديث الذى ينال على النفقة وهو قوله صلى الله عليه وسلم - " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن ..... الحديث<sup>(2)</sup> يقتضى أن الناشز وغير الناشز سواء ، فله يخصر، ولو أراد استثناء الصغيرة مثلاً أو الناشز لما أغفل ذلك ولبينه .

لكن ما عليه الجمهور هو الرجح وهو أن الناشز التى تخرج عن طاعة زوجها لا نفقة لها، لأن المفهوم أن النفقة فى مقابلة الاحتباس والاستمتاع ، والناشز غير متوافر فيها هذا فلا نفقة لها ، ومن النشوز عدم الانتقال إلى بيت الزوجية ، والسفر بغير إذن<sup>(3)</sup> .

---

(1) النشوز لغة : مأخوذ من نشز ، نشوزا ، ارتفع ، ونشزت المرأة ، استحصت المرأة على زوجها وامتنعت عليه وأساءت العشرة ، فهو مأخوذ من الارتفاع ، وهو المكان المرتفع ، كأن المرأة ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشزا.

واصطلاحاً : أن تمنع الزوجة نفسها من الزوج بغير حق ، وقيل : معصية الزوج فيما هو له عليها مما أوجب له النكاح . يراجع : المصباح المنير 359 ، المعجم الوسيط 961 ، بدائع الصنائع 4 / 32 ، المعنى 11 / 281 ، كشف القناع 5 / 467 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص 244 .

(3) يراجع : الهداية شرح فتح القدير 4 / 383 ، الاختيار 3 / 159 ، بدائع الصنائع 4 / 27 ، 32 ، المعونة 1 / 522 ، بداية المجتهد 2 / 107 ، بلغة المالك 1 / 481 ، معنى المحتاج 3 / 556 الجارح المحلى وحاشيتي قلوبى وعميرة 4 / 78 ، المعنى 11 / 281 ، كشف القناع 5 / 467 ، 473 ، المحلى 9 / 114 ، 250 ، البحر الزخار 4 / 271 ، شرائع الإسلام 2 / 347 فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 317 ، 318 ، شرح كتاب النيل 14 / 5 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 236 .

ج - ما تشمله نفقة الزوجة ومقدارها :

1- الطعام والشراب وتوابعهما :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يجب للزوجة على زوجها نفقة الطعام والشراب وما يتبعهما من ماء وخل ودُهْن وزيت للأكل وحطب ووقود ونحو ذلك ، ولقد أوكل الشرع الحكيم تحديد ذلك إلى العرف ، فكل ما يعده لازماً للنفقة فهو منها <sup>(1)</sup> .

ولكنهم اختلفوا في تقديرها بمقدار معين وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه ( الحنفية والمالكية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية ) إلى أنها غير مقدرة بمقدار معين وإنما لها قدر كفايتها من غير تقدير كما صرحنا بذلك الأئمة من قوله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته .... ﴾ <sup>(2)</sup> ، وقوله صلى الله عليه وسلم ( لهند زوجة أبي سفيان خذى ما يكفيك ووليك بالمعروف ) <sup>(3)</sup> ، فدل ذلك على أن لها قدر كفايتها من غير تقدير <sup>(4)</sup> ، وقال الحنفية وقول عند المالكية تقدر على حسب حال الزوج يساراً وإعساراً ويفتر

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 33 - 35 ، الاختيار 3 / 158 ، الهداية وشرح العناية مع شرح فتح القدير 4 / 381 - 387 ، بداية المجتهد 2 / 107 ، حاشية النسوقى 2 / 509 - 513 ، المعونة 1 / 523 ، معنى المحتاج 3 / 543 - 546 ، لجلال المحلى وحاشيتي قليوبي وعسيرة 4 / 70 - 72 ، المعنى 11 / 201 - 202 ، كنشاف القناع 5 / 460 ، المحلى 9 / 227 ، 251 ، البحر الزخار 4 / 272 ، الروضة الندية 2 / 75 ، شرائع الإسلام 2 / 349 ، وما بعدها ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 323 ، شرح كتاب التنزيل 14 / 5 . فقه الإسلامى وأدلته للزحيلي 7 / 798 ، وما بعدها ، أعلام الموقعين 4 / 341 .

(2) جزء من الآية رقم 7 من سورة الطلاق .

(3) الحديث سبق تخريجه ص 243 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 33 ، 34 ، المعونة 1 / 523 ، المعنى 11 / 201 ، 202 ، البحر الزخار

4 / 272 ، شرائع الإسلام 2 / 349 ، للتنزيل 14 / 5 .

الأسعار<sup>(1)</sup> ، وقول عند المالكية والحنابلة تقدر على حسب حال الزوجين يسارا وإيسرا<sup>(2)</sup> .

والراجع الأول : أنها على حسب حال الزوج .

القول الثاني : ذهب إليه الشافعية والظاهرية أن نفقة الزوجة مقدرة بالشرع بمقادير معينة بحسب حال الزوج ، إن كان موسرا فمدان ، وإن كان معسرا فمد والمتوسط مد ونصف ولأدم واللحم بصبب حالة الزوج وعادة أهل البلد وتقدير القاضي<sup>(3)</sup> .

## 2 - الكسوة وتواضعها :

أجمع الفقهاء على أن الكسوة واجبة للزوجة على زوجها ، لأنه لا بد منها على الدوام لقوله - صلى الله عليه وسلم - ( ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف... )<sup>(4)</sup> .

والكسوة بالمعروف هي التي جرت عادة أمثالها بلبسه .

ولأن الزوج له التمتع بجميع بدنها فوجب عليه كفايته .

وتقديرها : يكون بكفاية الزوجة ، وليست مقدرة بالشرع وإنما تقدر باجتهد الحاكم على قدر يسرها وعسرهما ، فللموسرة ثياب من حرير ، وللمعسرة ثياب غليظة من قطن أو كتان. وللمتوسطة ما بينهما ، وأقلها ثوب مخيط يستر جميع البدن ، وسراويل وهو ثوب يستر أسفل البدن ويصون العورة ، وخمار ، وهو ما

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 / 35 ، شرح فتح القدير 4 / 385 ، بداية المجتهد 2 / 107  
المعونة 1 / 523 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 107 ، المعونة 1 / 523 ، حاشية النسوي 2 / 509 وما بعدها .

(3) مغني المحتاج 3 / 543 - 546 ، لجلال المطي وحاشيتي قتيوبى وعبرة 4 / 70 . 72 المعنى  
227 / 251 .

(4) الحديث سبق تخريجه ص 244 .

يغطي به الرأس ، ومكعب أى نعل وغيره وتجب لها الكسوة فى كل سنة مرتين إحداهما صيفا والأخرى شتاء<sup>(1)</sup>.

### 3 - المسكن وتوابعه :

يجب للزوجة على زوجها باتفاق الفقهاء مسكن يليق بها سواء كان بملك أو كراء أو غير ذلك ... لقوله تعالى : ﴿ أَسْكَنُوهُنَّ ..... ﴾ وهذا المطلقة فمن باب أولى الزوجة ولأن المسكن من الحوائج الأصلية التى لا غنى عنها ، وليس لها أن يشرك معها غيرها إلا برضاها لأنها لا تأمن على متاعها واستمتاعها ، وأن يكون مستقلا ، له قفل خاص ومرافق خاصة .

وأن يكون المسكن صالحا بأن يؤمن لها رلحتها فيه ، وتتوافر فيه المرافق الشرعية الضرورية من دورة مياه ومطبخ ومنشر ، وما يتبع المسكن من فرش وغطاء وغير ذلك.

وتقديره يراعى فيه عمار للزوجين وإصدارهما لقوله تعالى : ﴿ أَسْكَنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ..... ﴾<sup>(2)</sup>... بأن يكون مما يسكن فيه أمثاله . وقال جمهور الفقهاء يشترط فيه أن يكون مؤسسا مفروشا .

وقال المالكية :. يجب على الزوجه الجهاز المتعارف عليه فى حدود المهر المقبوض قبل الدخول<sup>(3)</sup>.

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 32 - 35 ، حاشية المنسوقى 2 / 509 ، حاشية البيجيرمى 4 / 469 ، اجلاى المطى 4 / 72 ، الشرح الكبير والمضى 11 / 207 - 208 ، المحلى 9 / 250 - 252 ، البحر الزخار 4 / 273 ، شرافع الإسلام 2 / 349 ، شرح كتاب النيل 14 / 5 ، الوجيز لأحكام الأمرة د / محمد سلام منكور 194 .

(2) جزء من الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

(3) يراجع : شرح فتح التخير وشرح العناية على الهداية 4 / 397 ، الاختيار 3 / 163 ، الشرح الكبير بهامش حاشية المنسوقى 2 / 509 - 513 ، مغنى المحتاج 3 / 550 ، حاشية البيجيرمى 4 / 478 . كشف القناع 5 / 460 . المطى 9 / 252 - 253 ، البحر الزخار 4 / 273 ، الروضة الندية 2 / 84 . لفة "بمء جعفر "صلى 5 / 323 . شرح كتاب النيل 14 / 5 ، تفقه الإسلامى وألته لتزحلى 7 / 805

#### 4 - نفقة الخادم وأجرة القابلة ومستلزمات البيت :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يجب للزوجة على زوجها أن يوفر لها من يخدمها إن كانت للزوجة يخدم مثلها كأهلها وأقاربها ، والزوج قادر على أجرة الخادم فإن كانت من فئة تخدم نفسها بنفسها فلا يجب على الزوج إخدام زوجته ، وإن كان الأفضل أن يوفر لها ما يساعدها على الخدمة تخفيفا عن الزوجة من أعباء البيت ورعاية شئونه ، لأن ذلك من المعاشرة بالمعروف المأمور بها ، وهذه النفقة تعتبر بحال الزوجة وغير مقدرة ، وإنما بحسب حال الزوج .

وكذلك اتفق الفقهاء على وجوب أجرة القابلة .... " المولدة " ، وآلات التنظيف ، لأنها من متعلقات الولد ، وكذا الغطاء في الشتاء والصيف بما يناسبهما حسب العرف والعادة<sup>(1)</sup> ، أما أدوات التجميل ومتاع البيت من حصر ، وبساط ، وصابون ، ومشط ، وغير ذلك . اختلف فيه فقهاء الحنفية يجب على الزوج .

وقال الجمهور غير الحنفية : لا يجب على الزوج إلا متاع البيت ، أما أدوات التجميل من طيب ، وكحل ، وحلى وكل ما تزين به فلا يلزم الزوج إحضاره ، وقال المالكية لها ذلك على حسب العرف في البلاد<sup>(2)</sup>.

#### 5 - نفقة التدلوي والعلاج :

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا يجب للزوجة على زوجها إذا مرضت واحتاجت إلى طبيب ودواء أجرة الطبيب ولا ثمن الدواء ، وإنما ذلك في مالها إن كان لها مال ، وإلا كانت على من تلزمه نفقتها غير زوجها ، لأن التدلوي لحفظ

---

(1) للعرف : ما استقرت النفوس عليه بشهادة الحقول ونقلته الطبائع بالقبول ، ويقال : ما تعلم فيه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم فهو عرف . والعادة : ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى . يراجع : المعجم الوسيط 625 ، التمرينات للجرجاني 193 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 ، 35 ، شرح فتح القدير وشرح العنابة 4 / 387 ، حاشية النسوق والشرح الكبير 2 / 510 ، 511 ، مسالك الدلالة 215 ، المعونة 1 / 523 ، بداية المجتهد 2 / 107 . حاشية البيهقي 4 / 479 ، منى المحتاج 3 / 548 - 511 ، الجلال المظى 4 / 73 ، 74 ، المغنى 207 / 11 ، 209 ، كشف القناع 5 / 263 ، للمظى 9 / 253 ، البحر الزخار 4 / 272 ، 273 .

أصل الجسم ، والزوج مستحق منفعة هذا الجسم فلا يجب عليه إصلاحه ، كما لا يجب على مستحق المنفعة فى الإجارة إصلاح أو عمارة الدار المستأجرة<sup>(1)</sup>.  
ولكن الحقيقة ما ذهب إليه بعض الفقهاء - المحدثين - أن المداواة فى الماضى لم تكن حاجة أساسية لأن الإنسان كان يلتزم بقواعد الصحة والوقاية فلا يحتاج غالبا إلى علاج .

وكان لجتهاد الفقهاء القدامى - مبنى على عرف قائم فى عصرهم ، أما الآن وقد أصبحت الحاجة إلى الدواء أكثر من الحاجة إلى الطعام بل أهم ، لأن المريض يفضل الدواء على كل شيء ، وهل يمكن تناول طعام وهو يشكو مرضا ويتوجع من ألم يهدده بالموت<sup>(2)</sup> ، لذا أرى وجوب نفقة الدواء على الزوج كغيرها من النفقات ، ولأن الدواء أشد من الطعام فإذا وجب الطعام وجب الدواء ، وهل من حسن العشرة التى أمر بها الزوج أن يستمتع بزوجته حال الصحة ثم يردها إلى أهلها لمعالجتها حال المرض؟ وذلك ما لم يكن الزوج معسرا وهى موسرة فلا تجب عليه .

ثانيا : السبب الثانى من أسباب وجوب النفقة القرابة :

النفقات على الأقرباء حين يكونون عاجزين عن الإنفاق على أنفسهم لصغر أو مرض أو كبر أو ما أشبه ذلك ، من الأمور التى اتفق للفقهاء على وجوبها على الموسرين القادرين من أقاربهم ، وإن كانوا قد اختلفوا فى شمول النفقة لدرجات القرابة المختلفة ، وهذا أصل وارد فى القرآن الكريم ، والسنة النبوية ، وعمل به المجتمع الإسلامى منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وما بعده ، وعنى به أئمة المذاهب والمجتهدين .

---

(1) يراجع : حاشية النسوقى وشرح الكبير 2 / 510 ، 511 . ونجاشى الحمى وحشيتى قلوبى وعصيرة 4 / 73 ، 74 . مغنى المحتاج 3 / 549 ، المغنى 11 / 207 . كشف القناع 5 / 463 فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 234 .

(2) يراجع : فقه الإسلامى وثبته ترحيلى 7 / 794 .

وهذا المبدأ يعد جزءاً أساسياً من تنظيم المجتمع ، ولو طبق تطبيقاً دقيقاً مع مراعاة تطور الحياة بالنسبة للعصور الماضية لكان ذا أثر كبير في محو كثير من مظاهر اليأس والتفكك<sup>(1)</sup>.

وأرى أن هذا النظام لم يؤت أكله أو ثماره المرجوة ، لأنه أهمل تطبيقه إلا نادراً ففردى ونسحق كم من ولد عرق والديه ومنع عنهم وهو في سعة من العيش ورغد ، وكم من أب يتنعم وابنه يسأل الناس أعطوه أو منعوه ، فهذا النظام يحقق التكافل الاجتماعي الذي تسعى الإنسانية إلى تحقيقه إذا طبق وفق شرع الله الحكيم .

### والأقرباء الذين يستحقون النفقة ثلاثة :

- 1 - الفروع<sup>(2)</sup> : وهم الأبناء وأبناء الأبناء وإن نزلوا .
- 2 - الأصول<sup>(3)</sup> : وهم الآباء والأمهات والأجداد والجدات وإن علوا .
- 3 - الأقرباء من غير الأصول والفروع : وهم الحواشي<sup>(4)</sup> .

---

(1) يراجع : شرح قانون الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعي 1 / 284 ط : المكتب الإسلامي - بيروت .

(2) الفروع لغة : جمع فرع ، والفرع ما تفرع عن غيره ، ومن كل شيء أعلاه ، وما يلي على غيره ، واصطلاحاً : من بنى على غيره ، أو من ولدوا من الشخص كالأبناء والبنات وأبنائهم وبناتهم مهما نزلوا يراجع : لسان العرب 5 / 3393 ، باب العين فصل لفاء ، المعجم الوسيط 717 ، حاشية قليوبي 1 / 16 الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية د / إبراهيم عبد الرحمن ص 357 ط : دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن الطبعة الأولى.

(3) الأصول لغة : جمع أصل ، وأصل الشيء : أساسه الذي يقوم عليه ، وما يتفرع عنه غيره ، لأن الولد لا يقال يبنى على الوالد ، ويقال إنه فرعه . واصطلاحاً : من ولد الشخص منهم كالآباء والأمهات والأجداد والجدات .

يراجع : لسان العرب 1 / 89 باب اللام فصل الألف ، المعجم الوسيط 4 ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية د / إبراهيم عبد الرحمن ص 357 ، الإبهاج شرح المنهاج للسبكي 1 / 20 الإحكام للأمدى 6 / 1 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 44 ، 45 ، الهداية وشرح الغنية بهامش ترح فتح التقدير 4 / 410 الميزان الكبرى الشرحانية 2 / 194 ، مغني المحتاج 3 / 569 ، المعنى 11 / 232 ، 233 المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4 / 277 ، شرايع الإسلام 2 / 352 ، كتاب القتل 12 / 38 .

## 1 - النفقة على الفروع :

أكتول النفقة على الفروع ببيان مشروعيتها وشروطها وما تشمله النفقة ومقدارها فيما يلي :

### أ - مشروعية النفقة على الفروع :

#### تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن نفقة الأولاد المباشرين واجبة على الآباء بالإجماع ولم يخالف أحد ولكنهم اختلفوا في وجوب نفقة الأولاد غير المباشرين كالأولاد ولولادهم وإن نزلوا هل تلزم الأب وتكون واجبة عليه أم لا ؟ وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " جمهور الفقهاء : الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية " أن نفقة أولاد الأولاد ولولادهم وإن نزلوا واجبة كنفقة الأولاد<sup>(1)</sup>.

القول الثاني : ذهب إليه الإمام مالك ، أن النفقة لا تجب على الأب إلا للأبناء المباشرين فقط دون أولاد الأولاد<sup>(2)</sup>.

#### الأدلة

#### أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بالكتاب ، والسنة ، والمعقول :

من الكتاب :

قول الله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾<sup>(3)</sup>.

وقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن .... ﴾<sup>(1)</sup> .

---

(1) الحواشي: من الحشا : أى المني ، جمع أخصاء ، وحشية النسب كأنه مأخوذ منه ، وهو الذى يكون على جانبه كالعلم وابنه ، جمع : حواش ، فالحاشية من كل شيء : جانبه وطرفه ، والأهل ، والخاصة ، يقال: هؤلاء حاشيته . يراجع : للمصباح المنير 86 ، المعجم الوسيط 199 .

(2) يراجع : بؤفة السالك 1/ 488 ، 489 ، مسالك الدلالة 214 ، للمعونة 1 / 639 - 640 . الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية النسوقى 2 / 524 .

(3) جزء من الآية رقم 233 من سورة البقرة .



وجه الدلالة من الآيتين :

تدل الآية الأولى على أن الله تعالى أوجب رزق النساء لأجل الأولاد فلأن تجب لنفس الأولاد يكون أولى ، وتدل الآية الثانية على أن الله أوجب أجر رضاع أولادهم ، فلو لم تكن النفقة واجبة على الآباء لما أوجب عليهم أجره للرضاع ، فدل ذلك على أن نفقة الأولاد واجبة على الآباء <sup>(1)</sup> .  
من السنة :

منها ما روى عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - في قصة هند بنت عتبة زوج أبي سفيان أنه قال : " خذى ما يكفوك ويكفى ولدك بالمعروف " <sup>(2)</sup> .  
وجه الدلالة من الحديث :

يدل هذا الحديث على أن نفقة للزوجة والولد على الأب وأنها واجبة ولو لم تكن واجبة لما أباح النبي " صلى الله عليه وسلم " لهند أن تأخذ من مال زوجها بغير علمه ، وقيل هذا لا يكون إلا عند وجوب نفقتها ونفقة ولدها <sup>(3)</sup> .  
من المعقول :

أن نفقة الأولاد ، وأولاد الأولاد وإن نزلوا واجبة ، وعلى الجد نفقة لأحفاده من أى جهة كانوا ولو لم يكونوا ولرثين لأن الولد يشمل الولد المباشر وما تفرع عنه .  
وولد الإنسان قطعة منه ، ويجب على الإنسان أن ينفق على نفسه فيجب عليه أن ينفق على من هو قطعة منه <sup>(4)</sup> .

---

(1) جزء من الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

(2) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 164 ، أحكام القرآن لابن العربي 1 / 274 ، 4 / 287

(3) الحديث سبق تخريجه ص 243 .

(4) يراجع : بذائع الصنائع 4 / 44 . 45 . مغنى المحتاج 4 / 569 . المعنى 11 / 232 . كشف

القناع 5 / 481 ، المحلى 9 / 266 ، السيل الحرار 2 / 455 ، الروضة النندية 2 / 82 . الفيل 14 / 12

38 ، الفقه الإسلامى للزحلى 7 / 822 .

أدلة أصحاب القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من أن نفقة الأولاد المباشرين فقط هي التي تجب على الأب دون أولاد الأولاد .

بقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن ..... الآية ﴾ (1) فتدل الآية على أن النفقة تجب بسبب الإرث لا بمطلق الجزئية (2) .

والراجح : ما عليه جمهور الفقهاء من أن نفقة أولاد الأولاد وأولادهم واجبة على الأب كنفقة الأولاد المباشرين ، لأن الولد يشمل المباشر وما تفرع منه .

ب - شروط وجوب النفقة للفروع :

لقد وضع الفقهاء شروطاً لا بد من توافرها حتى تكون نفقة للفروع واجبة على أصله وهي :

1 - أن يكون الأصل " المنفق " - قادراً على الإنفاق ببسار أو قدرة على الكسب .  
فلقد اتفق الفقهاء على أن نفقة الولد واجبة على أبيه مادام الأب موسراً غنياً ، فينفق عليهم من ماله بما يفضل عن مؤنته ومؤنة زوجته ، لأنها مواساة فاعتبر فيها اليسار .. وقيل : لا يشترط بسار للوالد في نفقة ابنه ولكنه يستقرض ويؤمر بوفائه إذا أيسر .

وقال الجمهور من الفقهاء : إن لم يكن له مال بأن كان معسراً ، فلا نفقة عليه لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، ووجبت نفقته على غيره من الأصول أو الفروع .

فإن كان لا مال له ولكنه قادر على الاكتساب بعمل أو صنعه :

فذهب الجمهور من الفقهاء ( غير المالكية ) إلى أنه يجب عليه الاكتساب لينفق على أولاده ، لأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال .

وقال المالكية : لا يجب عليه التكسب لينفق على أولاده مادام معسراً .

(1) جزء من الآية رقم 233 من سورة بقرة .

(2) يراجع : بلغة السلك 1 / 488 ، مسالك الدلالة 214 ، المعونة 1 / 639 ، 640 ..

أما إذا كان الأب لا مال له وعاجزا عن التكسب أو ميتا .

فذهب " جمهور الفقهاء غير المالكية إلى أن النفقة على الموجود من الأصول ذكر أو أنثى مادام موسرا ، فتجب على الجد ثم الأم ثم الجدة ، فتتفق الأم على ولدها إن كانت موسرة ولم يكن له أب ، أو كان غير قادر لأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ، وتكون النفقة بقدر الميراث بين الورثة .

وقال الإمام مالك : نفقة الابن على الأب وحده دون غيره إن كان موسرا فإن كان مصرا فلا يجب عليه التكسب ولو كان قادرا لينفق على ولده ، ولا تجب النفقة على الأم لأنها ليست عسبة <sup>(1)</sup>.

2 - أن يكون الولد فقيرا مصرا لا مال له ولا قدرة له على الاكتساب

فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط لوجوب نفقة الابن على أبيه أن يكون فقيرا محتاجا لا يجد ما ينفقه على نفسه وكان عاجزا عن الكسب لصغر سنه ، أو أنوثه ، أو مرض يمنعه من العمل ، أو طلب علم نافع وكان الأب قادرا على النفقة. أما إذا كان له مال يكفي ، فإنه تجب نفقته في هذا المال لا على غيره ولو كان أبوه غنيا ويبيع أبوه من ماله وينفق عليه ، فإن كان له مسكن يسكن فيه لا يباع عليه لينفق منه ، لأن الإيواء ضرورة من ضرورات الحياة ، إلا إذا كان له مسكن آخر زائد عن سكناه فإنه لا يعد محتاجا ، ولا يستحق النفقة ، ويبيع عليه ، لأن فيه فضلا عن حاجته .

---

(1) يرجع : بدائع الصنائع 4 / 47 - 51 ، شرح فتح القدير 4 / 410 ، 411 ، الاختيار 3 / 169 ، الشرح الكبير وحاشية المسوقي 2 / 522 - 524 ، بلغة السالك 1 / 489 ، المعونة 1 / 639 - 640 . الجلال المحلي وحاشية قليوبي 4 / 84 - 87 ، مغنى المحتاج 3 / 570 - 574 ، حاشية البحرى 4 / 454 . المغنى 11 / 235 - 239 ، كنش القناع 5 / 481 - 482 . العدة شرح العدة للمفسى 449 ط : دار إحياء الكتب العربية . المحلى 9 / 266 . نيل الجرار 2 / 457 لروضة للتنية 2 / 82 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 329 . فقه الزمخشري وأئنته للزحني 7 / 822 وما بعدها.

وإن كان صاحب صنعه ، أو مكتسبا فيجب عليه الإكتساب ، وتكون نفقته في كسبه لا على أبيه ، لأن نفقة القرابة تجب على سبيل البر والمواساة ، والموسر بماله أو صنعته ، أو عمله مستغن عن الموساة والبر والصلاة<sup>(1)</sup>.

فإذا وجبت النفقة للابن على أبيه فإنها تستمر للأولاد الذكور حتى يبلغوا الحلم بشرط القدرة على الكسب ، فإذا بلغ مجنونا أو صاحب مرض ، أو عاهة تمنعه من الاكتساب ، أو طلب علم استمرت النفقة حتى ينتهى من طلبه للعلم أو يذهب مرضه ، فإذا بلغ قادرا على الكسب ، فلا نفقة له على أبيه ، ولأب أن يعلمه حرفة يكتسب منها أو يؤجره لينفق عليه منها لأنه صار موسرا بعمله وبصنعتة . وخالف في ذلك الحنابلة : فقالوا : للولد النفقة على أبيه إذا كان فقيرا حتى ولو كان صحيحا وتستمر النفقة بالنسبة للأب ، حتى تتزوج ثم تصبح نفقتها على زوجها ، وقال الشافعي : حتى تبلغ وإذا عادت إلى أبيها بعد الزواج فتعود نفقتها على الأب ، وقال مالك : لا يلزم الأب الإنفاق عليها .

فإن كانت الأبى قادرة على الكسب من مهنة شريفة سقطت نفقتها عن أبيها ، وتكون نفقتها في كسبها إلا إذا كان لا يكفيها ، ولا يجوز لأبيها أن يؤجرها للخدمة لما فيها من مخاطر الخلوة بها وهو لا يجوز شرعا ، ولكنه يجوز له أن يعلمها عند امرأة حرفة معينه مناسبة كخياطة أو غزل .

وتستمر النفقة على طالب العلم ولو كان صحيحا بالغا قادرا على الكسب بشرط كون والده قادرا والطالب مجدا ناجحا في دراسته ، فإن كان غير ذلك فلا جدوى في تعليمه ، وعليه الإنصراف لتعليم مهنة أو حرفة تكفيه<sup>(1)</sup>.

---

(1) إراجع : بدائع الصنائع 4 / 49 - 51 ، شرح للناية بهامش شرح فتح القدير 4 / 414 ، حاشية السوقي 2 / 542 ، المعونة 1 / 639 ، الوجيز للغزالي 339 ط : دار الفكر ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، 574 ، المغنى 11 / 238 ، الأروض المربع 522 ، المحلى 9 / 269 ، 276 ، السيل الجرار 456 ، شريعة الإسلام 2 / 352 . شرح كتاب النبل 14 / 12 .

### 3 - اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه :

لقد اشترط الحنابلة وحدهم أن يكون المنفق والمنفق عليه متحدين في الدين فلا نفقة للمسلم على الكافر ، ولا للكافر على المسلم ، لأنها مواساة ولا تجب مع اختلاف الدين.

وما عليه جمهور الفقهاء أن النفقة ولجبة على الأب ولو خالف الابن في الدين ، لأن النفقة سببها الولادة وهي ثابتة مع اختلاف الدين واتحاده ، وهي وسيلة الحياة ، والحياة مطلوبة ولو مع الكفر ، لأن المال لا أهمية له في الحقيقة ، والله يرزق المؤمن والكافر على السواء <sup>(1)</sup> .

#### ج- ما تشمله النفقة الواجبة للفرع ومقدارها :

لقد نادى الإسلام بصيانة الأولاد عن المذلة والمهانة ، وأوجب لهم النفقة على الأب وفي هذا الوجوب حرص ظاهر على الإحسان إلى هذه القرابة وصلبة الأرحام بسد حاجتهم الضرورية من طعام ولباس ومسكن حتى لا تتعرض هذه الصلة المرموقة بالعناية الإلهية إلى عوامل الهجر والقطيعة ، إذ لا شيء أنهى إلى الحقد والتكافر من تركهم في حاجة إلى هذه الضرورات اللازمة لبقاء الحياة من اقرب الناس إليهم مع القدرة على ذلك <sup>(2)</sup> .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 410 ، الشرح الكبير وحاشية السوقي 2 / 522 ، 524 ، مغنى المحتاج 3 / 571 ، الميزان الكبرى الشروانية 2 / 194 ، المغنى 11 / 239 ، كشف القناع 5 / 483 ، المحلى 9 / 266 ، 277 ، شرح كتاب الفيل 14 / 11 ، 38 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 52 ، شرح العناية بهامش شرح فتح القدير 4 / 413 ، حاشية السوقي 2 / 522 ، مغنى المحتاج 3 / 569 ، المغنى 11 / 236 ، كشف القناع 5 / 482 ، 484 ، المحلى 9 / 275 ، السيل للجرار 2 / 254 ، فقه الإمام جعفر الصديق 5 / 329 ، الفقه الإسلامى وأصله للزحلى 7 / 825 .

(3) يراجع : زاد المعاد لابن قيم 4 / 244 ط : مكتبة فياض دار المدار الطبعة الأولى 1419 هـ - الأحوال الشخصية د / محمد مصطفى شحاته 140 ، 141 ، ط : 1403 هـ .

فلذا تفق الفقهاء على أن نفقة الفرع من ولد وولد ولد على الأب إذا توافرت للشرط السابقة من خبز وإدام ، وشراب ، وكسوة ، وسكنى ، ورضاع ، وحضانة ، ونفقة مرض من أجرة طبيب ، وثمان نواء وأجر مستشفى ، وما يتعلق بذلك . وكذلك ذهب الجمهور إلى أن الولد إن احتاج إلى خادم بخمسة فطلى الوالد إعدامه لأنه من تمام كفايته ، وخالف المالكية فى قول لهم فقالوا : لا يلزم الأب خادم ولده ولو احتاج إليه وإن كان لابن زوجة فتجب نفقتها أيضا على الأصل المنفق - الأب - عند الجمهور - لأن ذلك من تمام كفايته ، وخالف المالكية أيضا فقالوا : لا تجب نفقة زوجة الابن لأنها تسقط باعصار الزوج (1) .

أما إذا احتاج الابن إلى الزواج : فذهب الحنفية ووجه عند الشافعية ، والإمامية ، أنه لا يجب على الأب تزويج ابنه الفقير ، ولو احتاج إليه (2) وذهب الحنابلة ووجه عند الشافعية إلى أنه يجب على الأب تزويج ابنه عند الحاجة (3) . وهذه النفقة غير مقدرة وهى مبنية على الحاجة ، فلذا وجبت لها فتقدر بقدرها ، وقيل: تقدر بقدر الكفاية على قدر حال المنفق على حسب عادات أهل البلاد وتقاليدهم، ولقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لهند زوج أبي سفيان " خذى ما يكفيك ويكفى ولدك بالمعروف " (4) .

- 
- (1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 54 ، 55 ، الاختيار 3 / 168 ، بلغة السالك 1 / 488 ، الشرح الكبير وحاشية السروقى 2 / 523 ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، 571 ، الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وصيرة 4 / 85 ، التوجيه للغزالي 339 ، المغنى 11 / 252 ، كشف القناع 5 / 481 - 483 ، الروضة النندية 2 / 84 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 330 ، شرح كتاب النزيل 13 / 623 .
- (2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 54 ، 55 ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، الروضة النندية 2 / 84 .
- (3) يراجع : الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وصيرة 4 / 85 ، المغنى 11 / 252 .
- (4) الحديث : سبق تخريجه ص : 243 .

فقله - صلى الله عليه وسلم - خذى ما يكتيك ويكنى ولدك فقد قدر ذلك بالكفاية فالنفقة إذا وجبت على الأب لابنه أو لأولاد فإنها تقدر بقدر كفايتهم دون إسراف أو تقتير على قدر حال المنفق في ذلك إذا توافرت للشروط السابقة<sup>(1)</sup>.

## 2 - النفقة على الأصول :

لنتناول النفقة على الأصول ببيان مشروعيتها وشروطها وما تشملها النفقة ومقدارها فيما يلي :

### أ - مشروعية النفقة على الأصول :

لقد اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الأبوين - الأب ، والأم - الفقيرين على الولد الموسر<sup>(2)</sup> واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :

من الكتاب :

قول الله تعالى : ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ... ﴾<sup>(3)</sup>

وقوله تعالى : ﴿ واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا ... ﴾<sup>(4)</sup>.

وقوله تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا ... ﴾<sup>(5)</sup>.

وقوله تعالى : ﴿ وصاحبها في الدنيا معروفا .... ﴾<sup>(6)</sup>.

---

(1) يراجع : الاختيار 3 / 168 ، بلغة السالك 1 / 488 ، الوجيز للزالي 339 ، كشف القناع 481 ، 483 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 330 ، الليل 13 / 623 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 43 ، 44 ، الهداية بهامش شرح فتح القدير 4 / 415 ، الشرح الكبير وحاشية للمصطفى 2 / 522 ، المعونة 1 / 640 ، مغنى المحتاج 3 / 569 ، المغنى 11 / 234 المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4 / 279 ، السيل الجرار 2 / 455 ، 460 ، الروضة الفندية 2 / 82 ، شرح كتاب الليل 14 / 11 ، 13 .

(3) جزء من الآية رقم 23 من سورة الإسراء .

(4) جزء من الآية رقم 36 من سورة النساء .

(5) جزء من الآية رقم 15 من سورة الأحقاف .

(6) جزء من الآية رقم 15 من سورة لقان .

وجه الدلالة من هذه الآيات على وجوب نفقة الأبوين على الأبناء :

من الإحسان إلى الوالدين أن ينفق عليهما عند الحاجة ، ومن ترك أبويه جائعين وهو قادر على الإنفاق عليهما لم يكن مصنفا إليهما ، ومن المعروف معهما : للقيام بكفايتهما من حيث الإنفاق عليهما ، وليس من المعروف أن يعيش الرجل في النعم ويترك والديه ولو كانا مخالفين في الدين فإن بعض هذه الآيات نزلت في الأبوين الكافرين .

فلقد أوجب الله على الولد أن يحسن صحبة أبويه بالمعروف ، فمن ترك أبويه وهم في حاجة وفاقه - أى فقير - وهو قادر على أن يدفع حاجتهما فقد ترك مصاحبتهما بالمعروف <sup>(1)</sup>.

من السنة :

1- ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم " إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولانكم من كسبكم فكلوه هنيئا مريئا <sup>(2)</sup>.

2- ما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبي " صلى الله عليه وسلم " قال : لمن جاء يشكو والده لأنه أخذ ماله ..... أنت ومالك لأبيك ..... ( <sup>(3)</sup> ) .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

لقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم - للأب الأكل من كسب ولده إذا احتاج إليه مطلقا دون شرط إذن أو عوض ، وكسب ولده كسبه ، لأن ولده من كسبه ، وجعل

(1) يرجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 66 / 14 ، اللغة الإسلامي وأصلته للزحلي 7 / 830 .

(2) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب البيوع 3 / 287 ح / 3528 ، 3529 ، وابن حبان 6 / 226 ح / 4245 ، 4247 ، والترمذي 3 / 639 ح : 1358 وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح ، أحمد في المسند 6 / 41 ، النسائي في مسنده 7 / 241 ، وابن ماجة في سننه في التجارات 2 / 723 ح / 2137 .

(3) الحديث أخرجه أبو داود في البيوع 3 / 287 ح / 3530 ، ابن حبان في صحيحه 6 / 227 ح / 4248 ، وقال : رجاله ثقات وإسناده صحيح ، الزيلعي في نصب الراية 4 / 135 ط : دار الحديث .



كسب الرجل لطيب المأكول ، والمأكول كسبه لا نفسه ، فكانت نفقته فيه ، لأن نفقة الإنسان في كسبه (1).

من المعقول :

ليس في العقوق بالوالدين أكثر من أن يكون الابن غنيا ذا مال ويترك أباه يكتسب الخطيرة والمرحاض، أو يطفئ النيران أو يغسل ثياب الناس ، ويدع أمه تخدم الناس وتسقى الماء في الطرق ، فما خفض لهما جناح الذل من الرحمة من فعل ذلك وهو في سعة ذات اليد وفي غنى ويسار ، ألم تكن نفقته واجبة على والديه في صفره ، وليس له مال أو قدره على التكسب ؟ ، فإلزام النفقة عليهما عند عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة ورد بعض الجميل الذي تلقاه منهما (2).

ولكن الفقهاء اختلفوا في وجوب النفقة فيما سوى الوالدين - الأب والأم - كالجد والجددة وإن علوا ، وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء ( الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية ، وقول عند الإمامية ، والإباضية ) إلى أن الأصول الذين تجب نفقتهم على الأبناء هم الآباء والأجداد والأمهات والجدات وإن علوا مطلقا (3).

القول الثاني : ذهب إليه المالكية وقول مرجوح عند الإمامية ، إلى أن الأصول الذين تجب نفقتهم على الأبناء هم الآباء والأمهات المباشرين فقط دون الأجداد والجدات سواء من جهة الأب أو الأم (4).

---

(1) يراجع : نيل الأثر 6 / 17 ، شرح معاني الآثار للطحاوي 4 / 158 ط : دار الكتب العلمية ، لفقه الإسلامي وأصله للزحلي 7 / 830 .

(2) يراجع : المحلى 9 / 276 ، زاد المعاد 4 / 245 .

(3) يراجع : شرح فتح القدير والهداية 4 / 415 ، 416 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبي 4 / 84 ، كشاف القناع 5 / 480 ، المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4 / 279 ، شرائع الإسلام 2 / 352 فقه الإمام جعفر 5 / 329 ، شرح كتاب النيل 14 / 11 ، 13 .

(4) يراجع : الشرح للكبير بهامش حاشية للنسوي 2 / 523 ، المعونة 1 / 640 ، بلغة السالك 1 / 488 شرائع الإسلام 2 / 352 .

## الأدلة

### أدلة أصحاب القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يلي :

- 1- أن الأب يطلق على الجد ، وكل من كان سببا في الولادة ، وكذلك الأم تطلق على الجدة مهما علت ، ولقد جاء في القرآن الكريم ما يدل على ذلك فقال سبحانه ﴿ كما أخرج أبويكم .... ﴾ <sup>(1)</sup> ، والمراد بهما آدم وحواء ، وقوله تعالى : ﴿ ملة أبیکم إبراهيم ... ﴾ <sup>(2)</sup> .
- 2 - لقد أجمع العلماء على أن الجدة تحرم على الإنسان كما تحرم عليه أمه لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتکم ﴾ <sup>(3)</sup> .
- 3 - لأن بين الولد وأصله قرابة فوجب رد الشهادة ، فأنشبه الجد والجدة الوالدين القريبين ويقوم الجد مقام الأب عند عدمه <sup>(4)</sup> .

### أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل المالكية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه من أن النفقة لا تجب إلا للأباه والأمهات المباشرين فقط ولا تجب للجد ولا الجدة بما يلي :

أن الجد ليس بأب حقيقي ، ولأن النفقة على الأقارب لا تجب انتقالا وإنما تجب ابتداء ونفقة الجد لازمة للأب ، فلا تنتقل إلى ولده وهكذا <sup>(5)</sup> .

---

(1) جزء من الآية رقم 27 من سورة الأعراف .

(2) جزء من الآية رقم 78 من سورة الحج .

(3) جزء من الآية رقم 13 من سورة النساء .

(4) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 415 ، مغني المحتاج 3/ 69 ، المغني 11/ 234 ، المحلى 9/ 266 البحر الزخار 4/ 276 . فقه الإمام جعفر 5/ 329 ، النيل 14/ 11/ 13 ، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 830 / 7 .

(5) يراجع : للشرح الكبير بهامش حاشية المنصوي 2/ 523 ، المعونة 1/ 640 ، شرائع الإسلام 352 / 2 .

القول الراجح : ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم وأن الجد أب ويقوم مقامه عند عدم وجوده فى الاتفاق فكذا يلزم الابن النفقة عليه عند عدم الأب .  
فإذا تعدد الأصل الواجب له النفقة كالأب والأم ، ويستطيع الولد أن ينفق عليهما فلا إشكال، وإنما الإشكال يثور إذا كان الولد لا يستطيع أن ينفق إلا على واحد منهما . فاختلف الفقهاء فى ذلك .

فذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن الأم تقدم ، لأن حقها أقوى بدليل :

1 - ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :  
للرجل الذى سألته : من أبر ؟ قال : أمك ، قال : ثم من ، قال : أمك ، قال :  
ثم من ، قال : أمك قال ثم من ، قال أبوك " وفى رواية البخارى من أحق  
الناس بحسن صحابتي ؟ قال أمك ..... الحديث (1) .

2 - وأيضاً الأم تقدم لأنها أحق بالبر من الأب لفضيلة الحمل والرضاع والتربية  
وزيادة الشفقة .

3 - وأيضاً الأم أضعف وأعجز من الأب .

وقال بعض الفقهاء الأب يقدم لأنه يجب عليه نفقة الصغير دون الأم ، والغنم  
بالغرم وأيضاً لانفراده بالولاية على ولده دون الأم .

وقال مالك ، وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية ، والإمامية ، تقسم  
بينهما وتكون بالتساوى فى استحقاقهما وإن هذا لأرفق بنظام الحياة الإجتماعية  
حيث تسود الألفة والمحبة بين الولد ووالديه (2) .

---

(1) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب النفقات 22 / 177 ح / 5971 ، ومسلم فى البر والصلة  
16 / 79 ح / 2548 ، وأبو داود فى الأب 4 / 338 ح / 5139 عن بهز بن حكيم ، وأحمد فى المسند  
2 / 391 ، والترمذى فى كتاب البر 4 / 309 ح / 1797 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 52 ، الشرح الكبير وحاشية الدموقي 2 / 523 ، حاشية تبيجيرمى  
4 / 450 ، كشاف القناع 5 / 483 ، المتن 11 / 251 - 252 ، المطى 9 / 272 ، 273 ، نيل الأوطار  
6 / 388 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 330 ، 532 ، الأحوال الشخصية د / محمد مصطفى شحاته  
143 .

## 7- شروط وجوب النفقة للأصول على الفروع :

لقد اشترط الفقهاء بعض الشروط لأبداً من توافرها لوجوب الاتفاق على الأصول وهي :

1- أن يكون الأصل طالب النفقة فقيراً معسراً أو عاجزاً عن الكسب .  
تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان للأصل الطالب للنفقة مال ، فنفته في ماله ولا تلزم الابن نفقته ، وكذلك اتفقوا على أنه إذا لم يكن له مال وكان عاجزاً عن الكسب بأن كان مجنوناً أو به عاهة من مرض أو شلل فإن نفقته تجب على فرعه<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان ليس له مال ولكنه قادر على الكسب بصناعة أو عمل فاختلف الفقهاء في وجوب النفقة له على فرعه وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " الحنفية ، والشافعية ، والظاهرية ، والزيدية ، وبعض الإمامية " إلى أنه يجب النفقة للأصل ولو كان قادراً على الكسب مادام أنه فقير ولا يكلف بالتكسب<sup>(2)</sup>.

القول الثاني : ذهب إليه " المالكية ، والحنابلة ، وبعض الإمامية " إلى أنه لا تجب على الفرع - الولد - نفقة الأصل - الولد - مادام قادراً على الكسب، ويجبر على التكسب ليستغني به ولا نفقة له<sup>(1)</sup>.

---

(1) إراجع : شرح فتح القدير والبداية 4 / 415 ، 416 ، الاختيار 3 / 167 ، 168 ، بدائع الصنائع 4 / 50 ، بلغة السالك 1 / 481 ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، 571 ، للجلال المحلى وحاشية قليوبى 4 / 84 ، الوجيز للغزالي 330 ، كشف القناع 5 / 482 ، المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4 / 279 ، الروضة للنسبة 2 / 82 ، شرايع الإسلام 2 / 352 .

(2) إراجع : الاختيار 3 / 167 ، 168 ، بدائع الصنائع 4 / 50 ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، 571 ، المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4 / 279 ، الروضة للنسبة 2 / 82 .

## الأدلة

### أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن النفقة تجب على الفرع لأصله ولو كان هذا الأصل قادرا على الكسب ما دام أنه فقير ولا يكلف التكسب ولا يجبر عليه بما يلي :

أ - إن إلزام الوالدين بالكسب مع غنى الأبناء ويسارهم بلُغ أنواع الأذى الذى نهى الله عنه بقوله تعالى : ﴿ ولا تقل لهما أف ..... ﴾ <sup>(1)</sup> .  
والتأفيف هو أدنى الأذى بالوالدين وقد نهى عنه .

ب - فى إيجاب الوالدين للفقيرين مع غنى ولدهما على الإكتساب إساءة لهما وجرح لشعورهما .

ج - لقد أمر الله بالإحسان إلى الوالدين وفى إلزامهم التكسب ترك الإحسان إليهما مع غنى الأولاد ، ويقبح بالإنسان أن يكلف والديه بالعمل مع اتساع ماله <sup>(2)</sup> .  
أدلة أصحاب القول الثانى :

واستدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من أن الفرع لا تجب عليه نفقة الأصل مادام هذا الأصل قادرا على التكسب ويجبر عليه ليمتتن به بما يلي :

- النفقة قد وجبت على سبيل البر والمواساة والصلة ، ولذى يكسب بصنعة أو بعمله كالموسر مستثنى عن المواساة والصلة فلا نفقة له <sup>(4)</sup> .

---

(1) يرجع : الشرح الكبير وحاشية الصموى 2 / 522 ، بلغة السالك 1 / 488 ، المعونة 1 / 640 ، كشف اللقاع 5 / 482 ، 483 ، المغنى 11 / 235 - 240 ، لروض المربع 522 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 329 ، شرائع الإسلام 2 / 352 .

(2) جزء من الآية رقم 23 من سورة الإسراء .

(3) يرجع : شرح فتح القدير 4 / 415 ، بدائع الصنائع 4 / 50 ، مغنى المحتاج 3 / 570 . لبحر الزخار 4 / 279 ، الروضة الندية 2 / 82 . للغة الإسلامى وأدلته للزحلى 8 / 831 .

(4) يرجع : حاشية الصموى 2 / 522 ، المعونة 1 / 640 ، كشف اللقاع 5 / 482 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 329 .

ولرى أن ما عليه أصحاب القول الأول هو الأرجح والصحيح الذى يجب الأخذ به لقوة أدلتهم ، وأيضاً : إن فى طلب التكسب والعمل من الوالدين إهانة لهما ، بل إهانة للولد نفسه مع بسرة وسعة حاله ، فإنه يجبر على الإتفاق عليهما ولو كانا قادرين على الكسب ، بل ولو كان معهما مال واحتاجا إليه فلا ينبغي له أن يمنعهما ، كما حدث ذلك مع الرجل الذى جاء يشتكى إلى النبى - صلى الله عليه وسلم - من أن أباه قد أخذ ماله فقال - صلى الله عليه وسلم - : " أنت ومالك لأبيك " (1) .

2 - أن يكون الفرع موسراً أو قادراً على التكسب .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه لى تجب نفقة الأصل على فرعه أن يكون الأصل فقيراً والفرع موسراً غنياً أى عنده ما يزيد عن قوته وقوت عياله ، وإلا فإنه لا تجب عليه النفقة لأنه يكون معسراً إذا كان لا يفضل عنه شيء ، وكذلك اتفقوا على أنه إذا كان غير موسر وغير قادر على التكسب فلا تجب عليه النفقة (2) .

أما إذا كان الفرع غير موسر بأن كان معسراً ولكنه قادر على الكسب فقد اختلف الفقهاء فى إلزامه وإجباره على التكسب لينفق على والديه وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء إلى أنه إن كان الولد معسراً ولكنه قادراً على التكسب فإنه يجبر عليه لينفق على والديه من فاضل كسبه بعد نفقة نفسه فإن لم يفضل شيء فلا نفقة له (3) .

(1) الحديث سبق تخريجه ص 260 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 52 ، حاشية الدرر 2 / 522 ، مغنى المحتاج 3 / 574 ، المطبوع 9 / 275 ، البحر الزخار 4 / 279 ، شرايع الإسلام 2 / 352 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 52 ، الهداية وشرح اللخية بهامش شرح فتح القدير 4 / 416 - 418 مغنى المحتاج 3 / 570 - 574 ، الجلال المطبوع وقليوبى 4 / 84 - 87 ، المغنى 11 / 235 وما بعدها المطبوع 9 / 266 ، 276 ، البحر الزخار 4 / 279 ، شرايع الإسلام 2 / 352 .

واستلوا على ذلك بما يلي :

1 - ما روى عن جابر - رضى الله عنه - أن النبي " صلى الله عليه وسلم " قال  
لرجل : إبدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فلائك ، فإن فضل عن  
أهلك شيء فاذى قرابتك ، فإن فضل عن ذى قرابتك فهكذا وهكذا <sup>(1)</sup> ،  
والمراد بقوله هكذا وهكذا يمينا وشمالا كناية عن التصديق <sup>(2)</sup> .

2 - ما روى عن أبى هريرة " رضى الله عنه " قال : قال رسول الله " صلى الله  
عليه وسلم " تصدقوا ، قال رجل : عندي دينار ، قال : تصدق به على نفسك ،  
قال عندي دينار آخر قال : تصدق به على زوجتك ، قال : عندي دينار آخر ، قال :  
تصدق به على ولدك ، قال : عند دينار آخر ، قال : تصدق به على خادمك .  
قال : عندي دينار آخر ، قال أنت أبصر به <sup>(3)</sup> .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

يبدل هذان الحديثان على أنه يلزم للرجل أن ينفق على نفسه أولا ثم على زوجته  
ثم على قرابته من ولده ووالده من مما معه من مال ولم يفرق في الحديثين بين إذا  
كان موسراً معه مال أو اكتسبه من صنعة أو عمل ، وأنه يجب عليه أن يكتسب  
لينفق على والديه من فضل كسبه <sup>(4)</sup> .

القول الثاني : ذهب إليه المالكية إلى أنه لا يلزم الولد المعسر النفقة على والديه  
ولا يجبر على التكسب إذا كان قادراً عليه لينفق على والديه <sup>(5)</sup> .

---

(1) للحديث أخرجه مسلم في الزكاة 7 / 68 ، حديث رقم 997 / 41 ، والنسائي في مسنده 70/5  
الشوكاني في نيل الأوطار 6 / 380 ح / 2973 .

(2) يراجع : نيل الأوطار 6 / 381 .

(3) الحديث أخرجه ابن حبان وصححه 6 / 217 ح / 4219 ، وأبو داود في باب صلة للرحم 2 / 136  
ح / 1691 ، والنسائي 5 / 62 ، وأحمد في المسند 2 / 251 .

(4) يراجع : نيل الأوطار 6 / 381 ، سبل السلام 3 / 226 .

(5) يراجع : الشرح الكبير وحاشية للسوقي 2 / 522 - 524 ، بلغة المالك 1 / 488 - 489 ، المعونة  
1 / 640 .

وما عليه الجمهور هو الصواب والأولى بالاتباع من أن نفقة الأصول ولجبة على الأولاد " الفروع " ، لأن الأولاد أقرب للناس إليهما فكفوا أولى الناس باستحقاق النفقة عليهما .

فإذا كان الابن غير قادر على الكسب فلا يكلف بالنفقة ، لأنه كالمعدوم ، أما إذا كان غير عاجز ولكن كسبه لا يكفيه فذلك لا نفقة للأصل مادام الأصل قادراً على الكسب ، وإن كان له فضل من كسبه فإنه يجبر على الاتفاق على والديه .

فإذا كان عاجزاً عن التكسب وليس له مال إلا ما يكفيه حيث يعيش وحده ، فلا يجبر على ضم والده إليه قضاءً ويجبر دية .

وإن كان له عيال يجبر على ضم أبيه إليهم ، لأن إخال الواحد مع الجماعة لا يؤثر في نفقتهم فطعام الأربعة يكفي خمسة وهكذا <sup>(1)</sup> .

هذا ما ذكرناه إذا لم يوجد للأصل غير فرع واحد ، أما إن تعدد الفرع فقد اختلف الفقهاء في كيفية توزيع النفقة عليهم على النحو التالي :

1 - قال الحنفية والشافعية في وجه : إذا اتحدت للدرجة كالابن والبنت فتجب النفقة عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى ، وإن اختلفا في القرب كالبنت وابن الابن ، فتجب على الأقرب وحده <sup>(2)</sup> .

2 - وقال المالكية والإمامية والإباضية : أنها توزع على الموسرين عند التعدد ، على عدد الرؤوس ، وقيل : على حسب الإرث الذكر مثل حظ الأنثيين <sup>(3)</sup> ، ولرجح هذه الأقوال أنها على حسب البسار .

---

(1) يرجع : لفقهاء الإسلام وأئمتهم للزحلي 7 / 831 .

(2) يرجع : بدائع الصنائع 4 / 52 ، شرح الخاية بهامش شرح فتح القدير 4 / 416 ، مغني المحتاج 3 / 570 - 574 ، لجلال المحطى وقلبيبي 84/4 - 87 .

(3) يرجع : حاشية النسوق 2 / 522 - 524 ، المعونة 1 / 640 ، فقه الإمام جعفر 5 / 329 - 322 الروضة للننية 2 / 82 ، شرح كتاب التلذذ 11/14 .



3 - وقال الشافعية في وجه والطالبة ، والزبدية " ، النفقة على أسس الإرث فتوزع على حسب الحصص في الميراث<sup>(1)</sup>.

4 - وقال الظاهرية توزع النفقة على الرؤوس وليست على قدر الميراث ومن محب من الميراث فلا شيء عليه من النفقة<sup>(2)</sup> .

3 - أن يكون الفرع المنفق وارثا " اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه " .

لقد ذهب الحنابلة إلى أنه يشترط أن يكون المنفق " الفرع " وارثا للمنفق عليه ، فلا حجب للنفقة عند اختلاف الدين ، لقوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾<sup>(3)</sup> فلا تجب نفقة الأب الكافر على ابنه المسلم لأنهما غير متوارثين ، والنفقة وجبت على سبيل البر والصلة ، ولا تجب مع اختلاف الدين<sup>(4)</sup> .

بينما ذهب " جمهور الفقهاء " إلى أن النفقة تجب للأبء على أبنائهم ولو كانوا غير مسلمين بل وتجب للأب المسلم ولو كان الابن كافرا ، لأن اتحاد الدين ليس بشرط لوجوب نفقة الأصل على الفرع ، لقوله تعالى : ﴿ وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبها في الدنيا معروفا ﴾<sup>(5)</sup> وليس من المعروف ترك الاتفاق عليهما مع القدرة وهذا هو الصحيح<sup>(6)</sup> .

---

(1) يراجع : الجلال المحلى 4 / 87 ، الروض المربع 522 ، كشف القناع 5 / 482 ، 483 ، البحر

الزخار 4 / 279 ، السيل الجرار 2 / 454 .

(2) يراجع : المحلى 9 / 275 .

(3) جزء من الآية رقم 233 من سورة البقرة .

(4) يراجع : المغنى 11 / 236 ، كشف القناع 5 / 482 ، الحدة 449 .

(5) جزء من الآية رقم 15 من سورة لقان .

(6) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 52 ، 53 ، مغنى المحتاج 13 / 569 ، حاشية الموسوى 2 / 522

الجلال المحلى 4 / 84 ، المحلى 9 / 266 ، وما بعدها ، البحر الزخار 4 / 279 ، فقه الإمام جعفر . 329 / 5

### ج - ما تشمله النفقة الواجبة للأصل ومقدارها :

لقد حض الإسلام الأولاد على البر بالوالدين والإحسان إليهما ، ومن جملة برهما والإحسان عليهما النفقة عليهما ، فإذا ما ثبتت النفقة للأصول على الفروع لزم الفرع كل ما يحتاج إليه الأصل من ضروريات الحياة التي لا تستقيم إلا بها من مأكل ، ومشرب ، وملبس ومسكن وغير ذلك ، وهذه النفقة ليست مقدرة ، أى ليس لها تقدير معين ، وإنما تجب على الفرع لأصله بقدر الكفاية ، لأنها تجب للحاجة فقدرت بالكفاية ، والكفاية تتعلق بكل ما يحتاج إليه الأصل ، وإن كان للمنفق عليه " الأصل " - خادم يحتاج إلى خدمته ، فيفرض له نفقة خادم وتلزم الفرع ، لأن ذلك من جملة الكفاية هذا جملة ما اتفق عليه للفقهاء (1) .

أما تزويج الأب ونفقة زوجته فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو التالى :

1- ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والزيدية ، إلى أنه على الولد إعفاف أبيه بالتزويج بزوجة واحدة إذا احتاج الأب إليها ، وعلى الولد نفقة زوجة أبيه (2) .

2- وذهب " المالكية ، والحنابلة ، والإباضية " إلى أنه يلزم الولد إعفاف أبيه بالتزويج بأكثر من واحدة ولو أربع إن لم يحصل الإعفاف بواحدة ، لأنه يلحقه الضرر بفقده فوجب كالنفقة (3) .

3 - وذهب " بعض الحنفية فى الراجح عندهم ، والظاهرية ، والإمامية " إلى أنه لا يجب على الولد تزويج أباه ، ولا تجب عليه نفقة زوجة أبيه ، لأن التزويج

---

(1) يرجع : بدائع الصنائع 4/ 46 وما بعدها ، بلغة السالك 1/ 488 ، معنى المحتاج 3/ 571 كشف القناع 5/ 483 وما بعدها ، المحلى 9/ 278 ، البحر الزخار 4/ 279 ، الروضة الندية 2/ 84 ، النيل 16/ 14 .

(2) يرجع : بدائع الصنائع 4/ 46 ، 47 ، 54 ، 55 ، الاختيار 3/ 168 ، معنى المحتاج 3/ 570 571 ، الجلال المحلى وحشيتي قليوبى وعميرة 4/ 85 ، البحر الزخار 4/ 279 .

(3) يرجع : الشرح الكبير وحاشية للدموقى / 522 ، 523 ، بلغة السالك 1/ 488 ، كشف القناع 5/ 483 - 486 ، المعنى 11/ 242 - 252 ، شرح كتيب النيل 13/ 623 ، 16/ 14 .

ليس من النفقة ولو احتاج إليه وأيضا الزواج من أعظم الملاذ ، فهو كالحلواء ،  
فلم تجب للأب (1) .

والراجح: اذهب إليه للمالكية ومن وافقهم من أنه يلزم الابن اعفاف أبيه بالتزويج  
فإن حصل بولادة فلا تجب عليه الزيادة وإن لم يحصل اعفاف بولادة لزمه إعفافه  
ولو بأكثر من واحدة مادام الولد موسرا قلنا على الاتفاق على نفسه وأهله ووالده ،  
لأن الزواج مما تدعوا إليه الحاجة ويستنصر الأب بفقده فيلزم الابن كالتنفقة ، ولا  
يشبه للزواج للحلواء ، لأنه لا يستنصر بفقدها .

### 3 - النفقة على الأقرباء من غير الأصول والفروع وهم الحواشي:

تتلول فيما يلي النفقة على الأقارب من الحواشي وذوى الأرحام ببيان  
مشروعيتها وشروطها وما تشمله النفقة ومقدارها وذلك على النحو التالي :

أ - مشروعية النفقة على الأقارب غير الأصول والفروع من الحواشي وذوى  
الأرحام :

لقد اختلفت أقوال الفقهاء فى مشروعيتها ، إلا أنهم اختلفوا فى وجوبها لهم وضم  
وجوبها وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " المالكية، والشافعية ، وقول عند الزيدية ، والإمامية ،  
وقول عند الإباضية " إلى أنه لا تجب النفقة للأقارب الفقراء ماعدا الوالدين والأولاد  
والزوجة كالأخوة والأعمام ولولادهم ، وإنما يستحب لكل قريب موسر أن يساعد  
قريبه المسر ، لأن كل قرابة تحرت عن ولادة مباشرة كبني الصومة لم يستحق بها  
نفقة ، وقال الإباضية فى قولهم أن الأخ والأخت لا نفقة لهما ، وقول الإمامية أكدوا  
استحباب النفقة للورث (2) .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 418 ، 419 ، المحطى 9 / 278 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 330  
للروضة للنبدية 2 / 84 .

(2) يراجع : حاشية المسوقى 2 / 522 ، مسالك الدلالة 215 ، المعونة 1 / 640 ، معنى المحتاج  
3 / 569 ، الميزان الشرائعية 2 / 194 ، حاشيتى قليوبى وعصيرة 4 / 84 ، البحر الزخار 4 / 280 ،

القول الثاني : ذهب إليه الحنفية ، والحنابلة ، والظاهرية ، وقول عند الزيدية ، وقول عند الإباضية " ، إلى أن النفقة واجبة للقريب المعسر العاجز عن الكسب كبيرا أو صغير ذكرا أو أنثى ماداموا من نوى الأرحام كالأخوة ، والأخوال ، والأعمام ، وأبناء الأخوة ، والعمات والخالات .

ألا أن الأحناف قالوا : تجب لكل قريب ذى رحم محرم أى لا يحل نكاحه على التأييد كالعم والخال ، وابن الأخ ، ولا تجب لغير ذى رحم محرم كالأخ من الرضاع ، أو غير محرم كأبناء الأعمام ، وأطلق الحنفية الوجوب لكل وارث بفرض أو تعصيب كالأخ والعم ، ولا تجب لنوى الأرحام ، لأن قرابتهم ضعيفة كبنات العم ، والعمة ، والخال .

وقال ابن القيم : تجب لنوى الأرحام .

وقال الظاهرية : تجب للقريب ذى الرحم المحرم الوارث ، وقال الإباضية لا تجب إلا للوارث <sup>(1)</sup> .

### الأدلة

#### أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من عدم وجوب نفقة الأقارب غير الأصول والفرع بما يلي :

- 1 - ما روى عن أبى هريرة " رضى الله عنه " قال : قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم " تصدقوا : قال رجل عندى دينار قال : تصدق به على نفسك ، قال: عندى دينار آخر ، قال تصدق به على زوجتك ، قال : عندى دينار

السيل الجرار 2 / 454 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، فقه الإمام جعفر 5 / 329 ، شرح كتاب التلويح 13 / 623 ، 14 / 13 .

(1) يراجع : الهداية وشرح للنهاية بهامش شرح فتح للتقير 4 / 419 ، بدائع الصنائع 4 / 44 ، كشف القناع 5 / 481 ، الحدة 449 ، المعنى 11 / 238 ، المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4 / 280 ، السيل الجرار 2 / 454 ، التلويح 13 / 623 ، زاد المعاد 4 / 241 .

آخر قال : تصدق به على ولدك ، قال : عندى دينار آخر ، قال : تصدق به على خادمك ، قال : عندى دينار آخر ، قال : أنت أبصر به " (1) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

يدل هذا الحديث على أن النفقة على ذوى الأرحام غير واجبة ولو كانت واجبة لذكرها الرسول " صلى الله عليه وسلم " ، حيث بين فى هذا الحديث أسباب النفقة وهى الزوجية، والولادة والملك ، ولم يذكر ذوى الأرحام (2) .

2 - كل من قبلت شهادته له لم تجب النفقة عليه كالأجانب، والوالد والولد عكس ذلك.

3 - ذوى الأرحام لا تمنع دفع الزكاة لهم فلم تجب لهم النفقة (3) أدلة أصحاب القول الثلقى :

استدل أصحاب القول للثلقى على ما ذهبوا إليه من وجوب نفقة لل قريب المسر على قريبة المومر وذلك بما يلى :

1 - قول الله تعالى : ﴿ وَأَت ذى القربى حقّه ﴾ (4) وقوله تعالى : ﴿ وبوالدين إحسانا ويذى القربى .... ﴾ (5) وقوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ... ﴾ (6) ، وقوله تعالى : ﴿ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله ... ﴾ (7) .

2 - قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - لمن سأله من أبر ، قال : أمك وأباك وأختك وأخاك ، ومولاك الذى يلى ذلك حق ولجب ورحم موصولة . " وفى رواية النسائى : " إبدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أنذاك أنذاك " (1) .

---

(1) الحديث سبق تخريجه من : 265

(2) يراجع : سبل السلام 13 / 226 ، نيل الأوطار 6 / 381 .

(3) يراجع : مسالك الدلالة 215 ، للمعونة 1 / 640 ، مخنى المحتاج 3 / 569 .

(4) جزء من الآية رقم 26 من سورة الإسراء .

(5) جزء من الآية رقم 36 من سورة النساء .

(6) جزء من الآية رقم 233 من سورة البقرة .

(7) جزء من الآية رقم 75 من سورة الأنفال .

وجه الدلالة من هذه الآيات والحديث :

تفيد وتدل هذه الآيات والحديث الشريف على وجوب الإنفاق على القريب العاجز المعسر ، وأن لذى القربى حقا ولجبا ، والإنفاق على القريب العاجز حق واجب ليس فوقه أوجب منه ، فجعل الله حق ذى القربى على حق الولدين ، ولقد جعل النفقة على غير المولود له لمن يستحق الإرث من الأقرباء ، ولولوا الأرحام أولى من غيرهم فى الإنفاق (2).

القول الراجح :

أرى أن القول الثانى هو أرجح ، لأنه الصق بقواعد الشريعة ومبادئها فالغرم بالغنم وما دام القريب وارثا يتكلف بالإنفاق على من يرثه ، ولو كان من ذوى الأرحام ، أو رحما غير محرم من غير تفرقه بين رحم محرم أو رحم غير محرم ، أو بين عسبة وبين ذوى الأرحام، فإن قيل : أن المقصود من قوله تعالى : ﴿ وعلى الورث مثل ذلك ﴾ نفى المضارة ولا يقصد النفقة .

فالجواب عن ذلك : أن المقصود هو النفقة والكسوة لا نفى للمضارة ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وجماعة من التابعين ، حيث ثبت أن عمر حبس لبناء عم ولد صغير للنفقة عليه . وظاهر الآية يقتضى وجوب النفقة والكسوة على كل وارث إلا ما خص وقيد بدليل .

ولقد قال ابن القيم : إذا لم يكن ذلك حق للنفقة فلا ندرى أى حق هو ؟ ومنع النفقة رغم اليسار يودى إلى تعطية للرحم ، ومن أعظم الإساءة أن يرى قريبه

---

(1) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب الأدب 4 / 338 / ح 5140 عن كليب بن منفعة عن جده وأحمد فى المسند 2 / 226 ، 391 ، 5 / 5 . والنسائى 5 / 61 ، عن طارق المحاربى ، وقال الشوكانى الحديث أخرجه ابن حبان والترمذى وصحاحه ، نيل الأوطار 6 / 387 ، ح 2981 . 2982 .

(2) يرجع : للجامع لأحكام القرآن للقرطبى 10 / 252 ، أحكام القرآن لابن العربى 3 / 189 ، نيل الأوطار 6 / 381 ، 388 ، شرح فتح القدير 4 / 420 ، المحلى 9 / 27 .

بموت جوعاً ووعرباً وهو قادر على سد خلته ومستر عورته ، ولا يطعمه ولا يستر له عورة ، فإذا كان للقول بوجوب النفقة أولى بالإتباع<sup>(1)</sup>.

ب - شروط وجوب نفقة الحواشي ونحو الأرحام :

لقد اشترط جمهور الفقهاء القائلين بوجوب النفقة على الأقارب من غير الأصول والفروع شروطاً لا بد من توافرها حتى تجب النفقة لهؤلاء الأقارب وهذه الشروط هي :

أ - أن يكون القريب فقيراً معسراً عاجزاً عن الكسب ذا رجم محرم<sup>(2)</sup> :

فإذا كان القريب ذا رحم محرم فقيراً معسراً عاجزاً عن الكسب لصغر أو أوثق أو مريض ، أو تعليم ، فإنه تجب له النفقة ، لأن الصلة في القرابة للقريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم .

فإذا كان القريب فقيراً ولكنه قادر على الكسب فإنه يجبر على التكسب لينفق على نفسه ولا نفقة له على قريبه ، لأنه غنى بكسبه فلا تجب نفقته على أحد ، وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد البلوغ<sup>(3)</sup> .

ب - أن يكون المنفق موسراً :

فإذا كان المنفق موسراً وقريبه معسراً غير قادر على الكسب فتجب نفقته عليه ، أما إذا كان معسراً فلا تجب نفقته عليه ، ولو كان قادراً على الكسب فلا يجبر على التكسب لينفق على قريبه من الحواشي أو نوى الأرحام ، لأن هذه النفقة وجبت

---

(1) يرجع : بدائع الصنائع 4 / 45 ، الهداية بهامش شرح فتح القدير 4 / 421 ، المغنى 11 / 244 ومباهدا ، زاد المعاد 4 / 241 ، المحلى 9 / 271 ، 272 ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية د / عبد العزيز عامر 435 ط : دار الفكر الحرى .

(2) نوى الأرحام الأقارب الذين ليسوا من المصيبة ولا من نوى القروض كبنات الإخوة وبنات الأعمام . يرجع : المعجم الوسيط 359 ، لجامع لأحكام القرآن للقرطبي 8 / 59 ، 60 ، التعريفات للرجزنى 145

(3) يرجع : الهداية بهامش شرح فتح القدير 4 / 419 - 420 ، بدائع الصنائع 4 / 49 ، 50 ، كشف القناع 5 / 484 ، المغنى 11 / 234 - 235 ، المسيل الجرار 2 / 454 ، البحر الزخار 4 / 280 ، شرائع الإسلام 2 / 352 .

بطريق الصلة ، والصلة تجب على الغني لا على الفقير ، وهو يستحقها على غيره  
فكيف تستحق عليه (1).

فإذا كان المنفق واحدا وله قريب معسر فتجب نفقته عليه وحده حتى ولو لم يكن  
وارثا ، أما إذا كان الفقير المعسر المستحق للنفقة له أقارب متعددين ، فاختلف  
الفقهاء فى كيفية توزيع النفقة عليهم :

ف قيل : توزع على حسب الإرث ، وقيل : إن تفاوتوا فى درجة القرابة وجبت  
النفقة على الأقرب ولو لم يكن وارثا ، وإن تساوا فى القرابة فقيل : تجب عليهم  
بالتسوى أى على عدد الرؤوس ، وقيل : تكون النفقة على الموسرين فقط ، وقيل :  
على حسب الميراث (2).

#### ج - اتحاد الدين مع القريب المنفق :

فلا تجب النفقة على للقريب لقربيه إذا كانا مختلفين فى الدين ، لأنه لا تورث  
بينهما ، ولأن وجوب النفقة مبنى على استحقاق الإرث ، والإرث منقطع فيما بينهم  
ولا بد من اعتباره (3).

#### د - الطلب والخصومة :

لقد اشترط الفقهاء أن يطلب القريب الفقير الذى تجب له النفقة بين يدى القاضى  
النفقة من قربيه الموسر ، فلا تجب بدون طلب ، لأنها لا تجب بدون قضاء

---

(1) يراجع : للمراجع السابقة ، الاختيار 3 / 169 ، الروض المربع 522.

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 45 ، 46 ، شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير 4 / 420 ، 421  
حاشية النسوى والشرح الكبير 2 / 523 ، 524 ، بلفه السالك مع الشرح الصغير 1 / 488 ، 489 ،  
مغنى المحتاج 3 / 574 ، الوجيز للغزالي 339 ، حاشية البجيرى 4 / 450 ، المغنى 11 / 246 وما  
بعدها ، الروض المربع 522 ، الحلى 9 / 269 ، 277 ، السيل الجرار 2 / 454 ، الفقه الإسلامى  
وألفته للزحلى 7 / 839 وما بعدها.

(3) يراجع : الهداية بهامش شرح فتح القدير 4 / 422 ، بدائع الصنائع 4 / 52 ، كشاف القناع 5 / 484  
للمغنى. 11 / 236 ، البحر الزخار 4 / 280 ، السيل الجرار 2 / 454.



القاضي، والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة، لأن النفقة وجوبها ليس من طريق الإحياء لاعدام معنى الجزئية<sup>(1)</sup> .

ج- ما تشمله النفقة الواجبة للأقرب من غير الأصول والفروع ومقدارها :  
النفقة إذا وجبت للقريب فتكون لكل ما يحتاج إليه من الخبز والأمن والكسوة وغير ذلك على حسب حال المنفق ، ويقدر العادة أو عوائد البلاد كنفقة الزوجة ، أو الأصول والفروع ، فإن احتاج إلى خلع فعلى المنفق إعدامه أيضا ، لأنه من تمام كفايته ، وأيضا من النفقة الواجبة لأجرة الطبيب وثلث الدواء ، وقال بعض الحنفية والحنابلة : لا تجب لأجرة الطبيب وثلث الدواء وقال الحنابلة : يجب تزويجه إن احتاج إليه .

وهذه النفقة كغيرها غير مقدرة بمقادير معينة ، وإنما تجب بقدر الكفاية ، لأنها تجب للحاجة فتدبر بها ، ولو سرفت أو ضاعت أو هلكت النفقة قيل أن تدب حاجته ، فعلى القريب نفقة أخرى ، لأن الحاجة لم تدب وعليه سد الحاجة<sup>(2)</sup> .  
بقي أن أشير إلى أن الفقهاء قد اختلفوا في حد اليسار الذي يتعلق به وجوب النفقة وكذلك حد الإعسار الذي يستحق به النفقة :

فالموسر تجب عليه النفقة للموسر :

والموسر الذي يتعلق به وجوب النفقة : قيل هو أن يملك نصاب للزكاة أو ما يحرم عليه به أخذ الزكاة فاضل عن حوائجه الأصلية ، ونصاب الزكاة : عشرون دينارا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة ، ويقدر في العصر الحاضر (85) جراما من الذهب عيار 21 أو " 616 " جراما من الفضة .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 50 ، 53 ، كشف القناع 5/ 484 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 11/ 273 ، المحلى 9/ 273 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 54 ، 55 ، شرح فتح القدير 4/ 425 ، مسالك الدلالة 215 ، الشرح الكبير بهامش حاشية الصوقي 2/ 522 ، 523 ، المغنى 11/ 242 ، 252 ، كشف القناع 5/ 477 ، 486 ، المحلى 9/ 266 ، البحر الزخار 4/ 280 .

فمن وجبت عليه الزكاة وجب عليه الإنفاق على قريبه المعسر بشرط أن يكون هذا المال فاضلا عن نفقته ونفقة من يعول وحاجته الضرورية ، وقيل : يعتبر موسرا من له نفقة شهر وعنده فضل ، وقيل : يجب الإنفاق على القريب بفاضل قوته وقوت عياله في يومه وليلته التي تليه .

والمعسر الذى يستحق النفقة : قيل : الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل : المحتاج الفقير الذى لا مال له ، ولو كان يملك منزلا قيل : يباع ويكرى لآخر ولا يستحق نفقة ، وقيل : لا يباع ، وقيل : يبيع البعض وينفق للفضل على نفسه ، ويبيع النفيس ويشتري الأوكس وينفق للفضل <sup>(1)</sup> .

ثالثا : السبب الثالث من أسباب وجوب النفقة الملك :

رأيت تنميما لفائدة هذا البحث أن أذكر فى إلممه سريعة موقف الفقه الإسلامى من النفقة على الأرقاء <sup>(2)</sup> أو الخدم ، وكذلك الحيوانات المملوكة للإنسان ، والزروع والثمار والأشجار، والعقارات من مباني وأراضى ، حتى نعم الفائدة وذلك بإعطاء صورة واضحة عن أحكام النفقات والأسباب الموجبة لها فى الإسلام. فواجب الإنفاق يشمل أيضا فوق النفقة على الزوجة، والفروع، والأصول والأقارب من غيرهما : كل ما يتبع الإنسان من رقيق، وحيوان ، ونبات وزروع ، ودور وأراضى ، وذلك منعا من ضياع المال وتلفه لأن ذلك حرام .

---

(1) يراجع : الهدية وشروعها 4/ 422، 423 ، الاختيار 3/ 169 ، بدائع الصنائع 4/ 49، 51 حاشية السمرقى 2 / 522 ، الجلال المحلى وحاشيتى قلوبى وعصرة 4/ 84 ، 85 ، المغنى 11/ 235 ، الروض المربع 522 ، البحر الزخار 4/ 280 ، السيل الجرار 2 / 454 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحلى 7/ 772 ، 773 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 507 ، 508 ، الفتح المبين فى حل رموز ومصطلحات اتقناه والأموايين د / محمد الحفظاوى 207 .

(2) الأرقاء لغة : جمع رقيق ، والرقيق المملوك : والرق : الحودية . ويطلق على الذكر والأنثى فيقال عبد رقيق ، وليس فى الرقيق صدقة ، أى فى عبيد الخدمة . واصطلاحا : عبارة عن عجز حكمى شرع فى الأصل جزاء عن الكفر . يراجع : مختار الصحاح 130، المصباح المنير 143 ، المعجم الوسيط 390 ، التعريفات للرجزى 148 .

وأوضح ذلك فيما يلي :

أولا : نفقة الرقيق :

كان للرق أمرا شائعا عند ظهور الإسلام لدى كل الأمم وأبناء الديانات في مختلف البلاد حتى ألغى أخيرا في القرن التاسع عشر .

ولقد وضع الإسلام قواعد جزرية لتحرير الأرقاء ورفع مستواهم ، ورد كرامتهم الإنسانية إليهم ومعاملتهم كأحرار في التعليم والمعاملة وسائر الحقوق ، إلا في بعض الحالات حيث اقتضت المصلحة العامة سلب ولايتهم ، ومع ذلك لم يكل أمرهم إلى تحكم أسيادهم ليسيئوا معاملتهم كيف يشاؤون حيث إن نفقة الأرقاء هي ذات الأحكام التي تتعلق بنفقة الأحرار للفقراء .

وهذا الموقف العظيم الذي وقفه الإسلام مع الأرقاء أن لاختلطوا بالأسر المسلمة الحرة وأصبحت جزءا منها (1) وفيما يلي بيان مشروعية نفقة الرقيق ، وشروطها وما تشمله النفقة ومقدارها :

أ - مشروعية نفقة الرقيق :

تفق الفقهاء على أن النفقة على الأرقاء ومن في حكمهم من الخدم واجبة (2) . ولقد ثبتت مشروعية النفقة على الأرقاء بالكتاب، والسنة ، والإجماع ، والمعقول : من الكتاب : قول الله تعالى : ﴿ واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم ..... ﴾ (3) .

---

(1) يراجع : شرح قانون الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعي 1 / 315 ، 316 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 56 ، 57 ، الهداية وشرح فتح القدير 4 / 426 ، حاشية النسوقي وأشرح الكبير 2 / 522 ، مسالك الدلالة 215 ، الوجيز للغزالي 341 ، معنى المحتاج 3 / 586 الحدة 450 ، كشاف القناع 5 / 488 ، المحلى 9 / 261 ، تيجر الزخار 4 / 283 ، شرائع الإسلام 2 / 352 . شرح كتاب النيل 14 / 11 .

(3) جزء من الآية رقم 36 من سورة النساء .

### وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن قول الله تعالى: ﴿ وما ملكت أيمانكم ﴾ معطوف على قوله تعالى ﴿ وبأولاد الذين إحصانا ﴾ فلقد أمر الله بالإحسان إلى المماليك ، ومطلق الأمر يحمل على الوجوب ، والإنفاق عليهم إحسان بهم ، فكان واجبا ، فلذا كان الأمر بالإحسان أمرا بالنفقة وتوسيعها عليهم (1) .

### من السنة :

- 1 - ما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - عن رسول الله " صلى الله عليه وسلم " - أنه قال : ( للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق ) (2) .
- 2 - ما روى عن الرسول " صلى الله عليه وسلم " من حديث أبي ذر الغفاري (3) أنه قال : ( هم إخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوه ما يغلبهم ، فإن كلفتموه فأعينوه عليه " (4) .

---

(1) يرجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 5 / 194 .

(2) الحديث صحيح أخرجه مسلم في كتاب الإيمان 11 / 290 ، 291 حديث رقم ح/ 1662 ومالك في الموطأ 2 / 278 ، ح / 179 باب الرق بالمملوك وأحمد في المسند 2 / 247 ، 343 ، 345 .

(3) أبو ذر الغفاري هو : جندب بن جنادة بن مغيان بن كنانة بن مضر بن عدنان صحابي جليل ، روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مائتا حديث وأحد وثمانون حديثا ، اتفق البخاري ومسلم على ثلثي عشر حديثا وانفرد البخاري بحديثين ومسلم بسبعة عشر حديثا ، وروى عنه ابن عيسى وأبو داود وابن أبي شيبة ، توفي سنة 32 هـ " رحمه الله تعالى " ... يرجع : شذرات الذهب 1 / 39 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 512 ، 513 .

(4) الحديث صحيح أخرجه البخاري في كتاب التعلق 5 / 211 ، 212 ح / 2545 ط : دار الحديث ومسلم في كتاب الإيمان 11 / 290 ح / 1661 ، أبو داود في الأدب 4 / 342 ح / 5158 ، وغير ما جده في كتاب الأدب 2 / 1216 ، 1217 ، ح / 3690 وأحمد في المسند 5 / 161 .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

يدل هذان الحديثان على أن نفقة المملوك من إطعام وكسوة وغير ذلك مما يحتاج إليه واجبة على سيده <sup>(1)</sup> .

من الإجماع :

أجمعت الأمة على أن نفقة المملوك واجبة على سيده ولم يخالف في ذلك إلا الشعبي <sup>(2)</sup> ولا يعتد بقول من خالف الإجماع <sup>(3)</sup> .

من المعقول :

أن الرقيق عبد مملوك لمولاه لا يقدر على شيء ، فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك لأنه مشغول بخدمته محبوب في ملكه فيجب الإنفاق عليه لئلا يهلك جوعاً ، ولأن النفقة وجبت بسبب الملك فهو مختص به فالمنفعة له وعليه المونة <sup>(4)</sup> .

ب - شروط وجوب نفقة الرقيق :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط لوجوب نفقة الرقيق أن يكون مملوك المنافع والمكاسب كالقن <sup>(1)</sup> والمدير <sup>(2)</sup> ، أما لو كان مكاتباً <sup>(3)</sup> ، فلا نفقة له على سيده ، لأنه

---

(1) يراجع : شرح النووي على صحيح مسلم 290/11 ، 291 ، نيل الأوطار للشوكاني 6 / 7 .

(2) الشعبي هو : عامر بن شراحيل الحميري الشعبي أبو عمرو الكوفي ولد لمت سنين خلت من خلافة عمر ، من التابعين ، إمام علم ، روى عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، ولم يسمع منهم ، وأبو هريرة وعائشة وغيرهم ، وقال أدركت خمسمائة من الصحابة ، وروى عنه ابن سيرين ، والأعمش وغيرهما " رحمه الله تعالى " سنة 103 هـ . يراجع : خلاصة تهذيب الكمال 2 / 2 ، حلية الأولياء 4 / 310 وما بعدها .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 56 ، 57 ، مسالك الدلالة 215 ، الوجيز للغزالي 341 ، العدة 450 المحلي 9 / 261 ، البحر الزخار 4 / 283 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، النيل 14 / 11 . نيل الأوطار 6 / 7 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 56 ، 57 ، الاختيار 3 / 170 ، 171 ، الهداية وشرح فتح القدير 4 / 426 ، بلغة السالك 1 / 487 ، الشرح الكبير وحاشية النسوي 2 / 522 ، معنى المحتاج 3 / 586 . كتابات اتقناع 5 / 488 ، المحلي 9 / 261 ، البحر الزخار 4 / 283 .

أحق بكسبه من سيده ، كذلك يشترط أن يطلب للخصومة في ذلك إذا امتنع سيده من الإنفاق عليه (4) .

ج - ما تشمله النفقة على الرقيق ومقدارها :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يجب على السيد نفقة رقيقة من إطعام ولباس وسكنى بالمعروف بحسب البلدان والأشخاص سواء كان ذلك من جنس نفقة السيد أو دونه أو فوقة وأن يكون ذلك في حدود ما يكفيه كنفقة الأقارب فيلبسه مما يعتاد أمثاله لبسه في بلده . ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يستحب للسيد أن يلبس عبده مما يلبس هو ويطعمه مما يطعم وقال البعض : يجب ذلك لقوله - صلى الله عليه وسلم - في حديث أبي ذر السامق " فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس " (5) ويستحب أن يجلسه معه للطعام ، وإلا وجب أن يطعمه منه لقوله - صلى الله عليه وسلم - " إذا أتى أحدكم خادمه بطعام فإن لم يجلسه معه فليناوله لقمة أو لقمتين (6) ويلزمه نفقة عبده إذا مرض من أجرة طبيب وثمن دواء وكل ما يحتاج إليه في مرضه

---

(1) اللقن : العبد الذي كان أبوه مملوكا لمواليه ، وهو خالص العبودية ، لما من يطلب عليه ويستعبد فهو عبد مملكة ، ويطلق بالفتح واحد للمذكر ، والمؤنث ، والمفرد ، والجمع : يراجع : المصباح المنير 308 ، المعجم الوسيط 798 .

(2) للمدير : مأخوذ من التكبير وهو لغة : النظر في عواقب الأمور ، وشرعا : تطبيق عقق بالموت الذي هو دير الحياة . يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3/ 98 ، المصباح المنير 115 ، الجلال لمطى 4/ 358 ، معنى المحتاج 4/ 645 .

(3) المكتتب مأخوذ من الكتابة وهو لغة : الضم والجمع يقال : كتبت للعبد مكاتبه وكتبا ، لأنه يكتب للعبد على سيده كتابا بالعتق ، وشرعا : عقد عتق بلفظها منجم بنجمين أو أكثر . يراجع : المصباح المنير 312 ، تهذيب الأسماء واللغات 3/ 288 ، معنى المحتاج 4/ 653 ، حاشية قليوبي 4/ 362 .

(4) يراجع : الاختيار 3/ 170 ، 171 ، شرح فتح القدير 4/ 426 ، جاشية السواقى 2/ 522 معنى المحتاج 3/ 586 ، كشاف اللقاع 5/ 488 ، المطى 9/ 261 ، البحر الزخار 4/ 283 .

(5) الحديث سبق تخريجه ص : 276 .

(6) الحديث صحيح أخرجه البخارى في العتق 5/ 220 ح / 2557 ، ومسلم في الإيمان 11/ 291 ح / 1663 ، أبو داود في الأطعمة 3/ 364 ، 365 ح / 3846 ، ابن ماجه في الأطعمة 2/ 1094 ، ح / 3289 ، 3290 ، والترمذى 4/ 286 ، ح / 1853 ، أحمد في المسند 2/ 277 .

وذلك يزوجه إذا احتاج لقوله تعالى : ﴿ وَأَتَّكُوا الْآيَامِ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ..... ﴾ (1) ، ويستحب المساواة بين أرقته في النفقة ويراعى حال السيد فلا يكلف ما لا يضيِّق (2) .

## ثانياً : نفقة الحيوان :

لقد أجمع الفقهاء على وجوب الرفق بالحيوان وحرمة ظلمه وتعذيبه .  
 وذهب الجمهور إلى أن النفقة على الحيوانات من البهائم والطيور واجبة على مالكيها ديانة وقضاء ، بينما يرى أبو حنيفة أن النفقة واجبة ديانة لا قضاء ، لأن الحيوان ليس أهلاً للخصومة حتى يحكم له القاضي بالنفقة .  
 وقال الجمهور : إن الحيوان مخلوق نوره محترم يجب حفظه كالإنسان ، ولقد قال للكمال ابن الهمام (3) : الحق ما عليه الجماعة ، لأن غاية ما فيه أن يتصور دعوى الحسبة فيجبره القاضي على النفقة لتركه ما هو واجب (4) .

(1) جزء من الآية رقم 32 من سورة النور .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 56 ، مسالك الدلالة 215 ، بلغة السالك 1 / 487 ، حاشية البجيرمي 4 / 458 ، المغني 11 / 314 ، المحلى 19 / 262 ، مسألة 1927 ، السيل الجرار 2 / 454 ، 460 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، قنيل 11 / 14 .

(3) الكمال بن الهمام هو : محمد بن عبد الوحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي السكندري . المعروف بابن الهمام ، ولد سنة 790 هـ خلفي ، عارف بأصول الدين ، والتصنيف والفقه ، والحداب . واللغة ، كان إماماً فارساً في البحث ، وأخذ عنه شمس الدين محمد الشهير بابن أمير الحلبي . له تصانيف مقبولة معتبرة منها : فتح القدير ، والتحرير في الأصول ، وغيرها ، توفي رحمة الله تعالى سنة 681 هـ . يراجع : الفوائد البهية 180 ، 181 ، الأعلام 6 / 255 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 57 ، الهداية وشروحا 4 / 427 ، 428 ، تشرح الكبير وحشية النسوقي 2 / 522 ، مغني المحتاج 3 / 589 . كشف القناع 5 / 493 ، 494 . المغني 11 / 319 وما بعده ، المحلى 9 / 264 ، البحر الرخاير 4 / 283 ، 284 ، شرائع الإسلام 2 / 352 شرح كتاب التين 11 / 14 .

## أ - مشروعية النفقة على الحيوان :

ولقد ثبتت مشروعية الإنفاق على الحيوان بأحاديث كثيرة تفيد وجوب الرفق بالحيوان ومنع ظلمه وتعذيبه منها :

1 - ما روى عن عبد الله بن عمر "رضى الله عنه" - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا ، فلا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خَشَاش الأرض " أى من هوامها وحشراتنا" (1) .

2 - ما روى عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول أو أن يحبس عما يملك قوتهم (2) .

3 - ما روى عن سهل بن الحنظلية (3) "رضى الله عنه" قال (مر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ببعير قد لصق ظهره ببطنه فقال : اتقوا الله فى هذه البهائم المعجمة فاركبوها صالحة وكلوها صالحة) (4) .

4 - ما روى عن عبد الله بن جعفر (5) "رضى الله عنه" أن النبي - صلى الله عليه وسلم - دخل يستأنا لرجل من الأنصار فإذا فيه جمل ، فلما رأى النبي - صلى

---

(1) الحديث صحيح أخرجه البخارى 290/13 ، 292 ح / 3318 ، ط : الكليات الأثرية ، مسلم 14 / 374 ح / 2242 ، 2243 ، كتاب السلام باب فضل سقى البهائم المحترمة وإطعامها .

(2) الحديث صحيح أخرجه مسلم 67/7 ح / 996 باب 40 ، أبو داود فى الزكاة 2 / 136 ح / 1692 وابن حبان 6 / 219 ح / 4226 ، 4227 ، أحمد فى المسند 2 / 160 ، الصنعائى فى سبل السلام 3 / 455 ح / 1072 .

(3) سهل بن الحنظلية هو : سهل بن الربيع بن عمرو بن عدى بن زيد الأنصارى كان فاضلا كثير الذكر والصلاة وكان ممن تابع تحت الشجرة ، سكن دمشق ، ومات بها أول خلافة معاوية ، ولا عقب له يرجع : نكت الغاية 2 / 469 ، رقم 2286 ، تهذيب الكمال 167/8 رقم 2592 .

(4) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب الجهاد 3 / 23 ح / 2548 .

(5) عبد الله بن جعفر : هو عبد الله بن جعفر بن أبى طالب أبو جعفر القرقشى الهاشمى الصحابى ابن الصحابى ابن الصحفية للجواد بن الجواد ، ولد فى أرض الحيرة فى هجرة المسلمين ، وهو أول مولود ولد فى الإسلام بأرض الحيرة . وأخوه محمد بن أبى بكر ، ويحيى بن على بن أبى طالب أمهما أسماء -



الله عليه وسلم - حن الجمل وزرقت (1) عيناه ، فأتاه رسول الله صلى الله عليه وسلم - فمسح ذفره (2) فسكت فقال : صلى الله عليه وسلم - من رب هذا الجمل ؟ لمن هذا الجمل ؟ فجاء فتى من الأنصار فقال : هو لى ' رسول الله ، فقال له الرسول - صلى الله عليه وسلم - : أفلا تتقى الله فى هذه البهيمة التى ملكك الله إياها ؟ فإنه شكا إلى أنك تجيعه وتذنبه (3) (4) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث على وجوب نفقة الحيوان على مالكه ، لأن تركه جائعا تعذيب له وتضييع للمال بلا فائدة ، وهذه المرأة قد استحققت عذاب الله تعالى من أجل هرة تركت إطعامها ومنعتها من أن تتطلق فتأكل فهذا صريح فى وجوب الإنفاق على البهائم (5) .

---

سكنت عيسى ، تزوجها جعفر بن أبو بكر بن علي ، روى عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم خمسة وعشرين حديثاً ، اتفق على حديثين ، روى عنه بنوه إسماعيل وإسحاق ومعاوية ، والشعبي وغيرهم تزوج زينب بنت علي بن أبي طالب بنت فاطمة بنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - توفي رحمه الله تعالى سنة 80 هـ وقيل سنة 90 هـ . يراجع : شذرات الذهب 1 / 87 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 248 ، 249 .

- (1) زرقت عيناه : أى دمعت عيناه . يراجع : المصباح المنير 127 .
- (2) ذفره : الذفرى : هو الموضع الذى خلف أذن البعير ، ومن الحيوان والإنسان العظم الشاخص خلف الأذن . يراجع : المعجم الوسيط 336 .
- (3) تذنبه : أى تديم عمله وتتبعه فيقال : ذنب الدابة ساقها شديد فهي ذؤوب ، وذنب فى المعن ذنب : جد فيه ولازمه واعتاده من غير فتور . يراجع : مختار الصحاح 107 . المعجم الوسيط 291 .
- (4) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب الجهاد 2 / 23 ، ح / 2549 ، أحمد فى المسند 2 / 166 .
- (5) يراجع : شرح النووى على صحيح مسلم 14 / 374 ، نيل الأوطار 7 / 8 .

### ب - شروط وجوب نفقة الحيوان :

لقد اشترط الفقهاء لوجوب النفقة للحيوان على مالكة : أن يكون هذا الحيوان محترماً غير مؤذى ولا ضار ، أما المؤذى والضار ، فلا نفقة له فله أن يقتله أو أن يخلى سبيله <sup>(1)</sup> .

### ج - ما تشمله النفقة على الحيوان ومقدارها :

يجب على مالك الحيوان نفقته من إطعام وسقى ولو مرض يجب عليه معالجته ، وذلك على قدر كفاية الحيوان ، وفي حدود وسع مالكة وطاقته ، ولا يأخذ من لبن الحيوان مما يضر بولده وإنما يحلب ما زاد عن شبعه ، وإن احتاج الحيوان إلى لبن فيجب على مالكة أن يشتري له ، لأن النفقة ولجبة عليه كنفقة أمه ، ونفقة الطيور كالحوانات من الدواب <sup>(2)</sup> .

### ثالثاً : نفقة الثبات والجماد :

#### أ - نفقة النبات من الزروع والشمار :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه من كان له زرع أو شجر يحتاج إلى سقى بالماء أو تعهد بالإصلاح . فإنه يجب عليه سقيه وتعهده ، لأن في ترك السقى والإصلاح إضاعة للمال وهو منهى عنه شرعاً ، وقيل : يكره ترك ذلك حتى يهلك الزرع والشجر .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 57 ، شرح فتح القدير 4 / 428 ، حاشية النسوقى 2 / 522 ، مغنى المحتاج 3 / 589 ، كشف القناع 5 / 493 ، المحلى 9 / 264 ، البحر الزخار 4 / 283 شرايع الإسلام 2 / 352 ، التلخيص 14 / 11 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلي 7 / 763 وما بعدها الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 320 .

(2) يراجع : الهداية وشرح فتح القدير 4 / 428 ، بلغة السالك 1 / 487 ، 488 ، الجلال المحلى 4 / 94 ، المغنى 11 / 319 ، وما بعدها ، البحر الزخار 4 / 283 ، السيل الجرار 2 / 454 ، 461 شرايع الإسلام 2 / 352 ، التلخيص 14 / 11 .

فإذا لم يكن له غنى عن زرعها فيجبر على ذرعها إن استطاع ، أو يعطيها لغيره، بجزء مما يخرج منها ، ولا يترك عالة على المسلمين بإضاعته لماله ، ومعصيته لله عز وجل :

وقد يكون الترك بدون سقى للأشجار جائزا إذا كان فيه مصلحة كترك الأشجار بلا سقى للنضوج ، ولو كان المال لقاصر فيجب على الولي أن يتعهده بالسقى والإصلاح ، لأنه لا يملك إضاعة مال القاصر ، وقال الحنابلة : يستحب الإنفاق على المال غير الحيوان <sup>(1)</sup> .

#### ب - نفقة الجمار من الدور والأراضي :

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجب على مالك الدور والأراضي إصلاحها وتسييرها لما في ترك ذلك من إضاعة للمال ، ولو كانت لقاصر فيجب على الولي الإصلاح والتسيير .

وإن كان العقار ملكا مشتركا ولا يقبل القسمة فنفقته واجبة على الشركاء ، ويجبر المنتفع على الإنفاق إحياءاً لحق الشريك وإلا أنفق ورجع على شريكه .  
وقال الحنفية : لا يجبر ولكن يكره ذلك لما فيه من تضييع للمال .  
وقال الشافعية : عمارة الدور والعقار ليست بواجبة ولا يكره إلا إذا أدى تركها إلى الخراب فيكره <sup>(2)</sup> .

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 58 ، شرح العنيفة على التهذيب 4 / 427 ، للوجيز لغزالي 342 الجلال المحلى وقلوبي 4 / 94 ، 95 ، حاشية البجيرمي 4 / 462 ، المغنى 11 / 319 . الررض نمربع 525 ، المحلى 9 / 265 ، البحر الزخار 4 / 283 ، 284 ، نيل الأضرار 7 / 8 . نفقه الإسلامى للزحلى 7 / 763 - 764 . شرح قانون الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 323 - 324 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 58 ، شرح فتح القدير 4 / 428 . مغنى المحتاج 3 / 591 ، الجلال المحلى حاشية قلوبى 4 / 94 / 95 ، الررض نمربع 525 ، المغنى 11 / 319 . نفقه الإسلامى وأدنته للرحلى 7 / 763 ، 764 ، الأحوال لشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 324 .

ودليل ذلك كله نهيه " صلى الله عليه وسلم " عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال....." (1) .

---

(1) الحديث أخرجه البخاري عن المغيرة بن شعبة . يراجع : فتح الباري 5 / 85 ، ح / 2408 ككتاب الاستقراض ، أحمد في المسند 4 / 250 ، 251 .

## الضرع الثانى

### تعريف النفقة وأسبابها فى القانون الوضعى

تمهيد :

الأسرة أساس للمجتمع لأنه يتكون من مجموعة من الأسر يرتبط بعضها ببعض ويقوى للمجتمع ويضعف بقدر تماسك الأسر التى يتكون منها أو انفصامها . وكلما قويت الأسرة تشتد ساعد المجتمع ، وإذا تفرقت وانحلت روابطها تدهورت الأمة ، وإذا كانت شريعة الإسلام تعلق كل الشرائع ، لأنها من الله ، وإذا كانت قواعد وأصولها قد قطعت فى أمور رأت أنها ثابتة لا تتغير ، فإنها فى أمور أخرى وضعت ضوابط عامة تنور فى نطاقها الأحكام وفقا لتطور الأزمان وتغاير الأحداث ، ولأنطلقت بولى أمر المسلمين أن يشرع لهم فى نطاق أصول الشريعة مما يصلح به حالهم وتستقيم معه حياتهم<sup>(1)</sup>.

ولقد مر قانون الأحوال الشخصية الخاص بتنظيم مسائل الأسرة فى مصر ، والمستمد من المذاهب الفقهية بتطور تشريعى ، حيث صدر القانون رقم 25 لسنة 1920 والخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، والمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 والمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 ، والقانون رقم 131 لسنة 1948 ، والقانون رقم 13 لسنة 1968 ، والقانون رقم 62 لسنة 1976 ، والقانون رقم 49 لسنة 1977 ، والقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 " وحكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية فى 16/5/1985م ثم صدر القانون رقم 100 لسنة 1985م ، والقانون 1 لسنة 2000 م .

---

(1) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين محمد حامد قمحوي ، السيد عمر عبد الله 652 ، 653 ط : 1986 - دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .

وفي ضوء هذه القوانين أوضح موقف المشرع الوضعي من تعريف النفقة  
وبيان أسبابها :

### أولاً : تعريف النفقة :

لم يتناول المشرع الوضعي في قانون الأحوال الشخصية وضع تعريف محدد  
للفنقة ، وإنما جاء في نص المادة 174 من مشروع القانون الموحد أن النفقة تشمل:  
" الطعام والكسوة والسكن وما يلزم العلاج الضروري والتعليم ، وذلك كله في  
حدود المناسب لمثل من وجبت له النفقة مع مراعاة قدرة من وجبت عليه " .  
ونصت الفقرة ( ج - ) من المادة الأولى من القانون 25 لسنة 1920 ، والمعدلة  
بالمادة 18 مكرر ثانياً من القانون 100 لسنة 1985 على أن النفقة تشمل الغذاء  
والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

### ثانياً : أسباب النفقة :

إن من أسباب النفقة الزوجية التي نص عليها قانون الأحوال الشخصية - الزوجية  
والقريبة ، فكل إنسان تجب نفقته في ماله إلا للزوجة فنقته على زوجها ، وكذلك  
نفقة الأقارب تجب مطلقاً لسد حاجة القريب ، والأولاد بالنسبة إلى آبائهم يعتبرون  
جزءاً منهم ، وبذلك يطلق على آبائهم كلمة الأصول ، ويطلق عليهم كلمة الفروع ،  
ومن الحقوق المترتبة على ثبوت النسب نفقة الأولاد فتجب بالقرابة كما تجب  
بالزوجية .

ووجوبها للقرابة لحاجة القريب من فقر أو عجز وللزوجة من أجل الاحتباس  
لحق الزوج ونفقة الأقارب غير الأصول والفروع سببها قرابة الرحم والأهلية  
للميراث<sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : موسوعة الأحوال الشخصية: معوض عبد التواب 224 ، 456 ، 545 ط : 1984 نشر :  
منشأة المعارف ، الإسكندرية ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين : محمد قحاري 660 ، 661 ، 693 ،  
الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 454 .

وفيما يلي توضيح نفقة الزوجة ، ونفقة الأقارب في ضوء أحكام قانون الأحوال الشخصية :

### 1- نفقة الزوجة :

لقد جاء في المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 والمعدلة بالمادة 18 مكرر ثانيا من القانون رقم 100 لسنة 1985 ما يلي :

أ - تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما موسرة كانت أو مختلفة معه في الدين .

ب - ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

ج - وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

د - ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت وامتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج ، ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية بدون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة .

وتنص المادة 16 الفقرة الأولى من القانون 25 لسنة 1929 والمعدلة بالمادة الثالثة من القانون 100 لسنة 1985 م على أن : تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عصرا على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية " .

وفى ضوء ما سبق نبين شروط وجوب نفقة الزوجة على زوجها وما تشمله النفقة ومقدارها فيما يلي :

#### أ - شروط وجوب نفقة الزوجة على زوجها :

جرت عادة الناس من قديم الزمان أن تقيم المرأة في بيت زوجها ويقوم بالإتفاق عليها من مأكّل ومشرب وملبس وغير ذلك مما تحتاج إليه الزوجة لأن ذلك من حقوقها ، ولكن إذا ما أرادت الزوجة أن تكلل وحدها وامتنع الزوج من الإتفاق ، فيفرض لها نفقة ، ويراعى عند تقدير هذه النفقة توافر الشروط الآتية :

- 1- أن يكون عقد النكاح صحيحا . فإن كان فاسدا فلا تستحق نفقة على الزوج .
- 2- التسليم الحقيقي أو الحكمى لزوجها فلا تمنعه من الدخول بها ، أو الاستمتاع بها أو تمتع من الإنتقال معه إلى المسكن الذى أعده لها إذا كان يليق بأسئالها .
- 3- الصلاحية للدخول وعدم تقويت حق الاحتباس بدون مبرر شرعى ، فإن كانت الزوجة غير صالحة للدخول بأن كانت ممتنعة عن تسليم نفسها ، أو ارتدت ، أو خرجت من المسكن بدون إذن الزوج فى الأحوال التى لا يباح لها الخروج شرعا بدون إذن الزوج ، لأن نفقة الزوجة على زوجها مناطها : احتباسها له تحقيقا لمقاصد الزواج ، فالنفقة حق للزوجة وانتقالها إلى زوجها حقه ، فعند عدم تحقق شرط وجوب النفقة فتكون غير واجبة ومؤدى ذلك أن الزوجة الناشز الممتنعة عن طاعة زوجها الخارجة على طاعته الواجبة له شرعا لا تستحق النفقة (1) .

---

(1) يراجع : ترجع توافر فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين : م / أنور العمروسى 262 ط : 1963 دار الفكر الحديث . أحكام الأحوال الشخصية محمّد قبحاوى 637 . (طعن رقم 76 لسنة 65 تقضى منى جلسة 25/12/2000) مجلة المحلّمة للعدد الثانى من 222 ط : 2000 / 2001 .



## ب - ما تشمله نفقة الزوجة أو أنواعها :

إن نفقة الزوجة من الحقوق المترتبة لها على زوجها بسبب احتباسها وتشمل هذه النفقة الطعام ومشتلاته ، ويجوز أن يكون مقادير من القمح أو الأرز ، والجاري عليه العمل بالمحاكم المصرية أن يفرض للقاضي مبلغا من النقود وأن يكون شهريا أو أسبوعيا .

وأیضا من النفقة الكموة وهى نوعان : نوع للشتاء وآخر للصيف ، وتفرض المحاكم المصرية مبلغا معينا يسدده الزوج كل ستة أشهر ، ومن النفقة السكنى ومشتلاتها من مرافق وفرش ، وغطاء يليق بأمثال الزوجة .

وتشمل النفقة أيضا الخادم إن كانت للزوجة ممن تخدم لأن ذلك من تمام كفايتها وكذلك علاجها من أجرة طبيب ، وثمان دواء ، وقيل : أن الزوج غير ملتزم شرعا بذلك وتطبق المحاكم هذا الحكم ، ولكن كيف يقبل هذا بأن الزوجة إذا مرضت تترك فريسة للداء أو عالة على زوجها ، وهى التى أثرت رعاية زوجها ولولادها منه ومصالحهم ، فلا أقل من أن يرد إليها بعض المودة بما أسلفت فى أيام صحتها ، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان ، ولأن الرابطة الزوجية التى بينهما تقوم على المودة والرحمة والاستقرار ، وليس فى فرض ووجوب علاج الزوجة إرهاقا للزوج ، لأنه مقيد بما تسمح به حالته ، وأن نفقة العلاج ألزم ولوجب من أجرة الخادم التى نص عليها الفقهاء ، لأنها تجب للزينة والتكريم ، وتقضى بها المحاكم حسب حال المنفق ، وقد اتجه إلى هذا بعض الفقهاء من المالكية والشيعة الزيدية .

ومن النفقة الواجبة على الزوج لزوجته ، تجهيز وتكفين ونقل الزوجة المتوفاة وذلك إصلا لحكم المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وتطبق هذه النفقات على المعتدة مادامت في العدة لأن الزواج لا يزال قائما من بعض الوجوه (1) .

### ج- مقدار النفقة الواجبة للزوجة على زوجها :

تقدر نفقة الزوجة الواجبة لها على زوجها بقدر كفايتها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا ، ولقد كان العمل بالمحاكم المصرية قبل صدور القانون 25 لسنة 1929 يجرى على اتباع أن تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج والزوجة يسرا وعسرا ، فينفق في اليسار أو الإعسار وإن كان أحدهما معسرا والآخر موسرا فالتوسط . فلما صدر القانون رقم 25 لسنة 1929 أخذ بالرأى الذى يقول أنها تقدر بحسب حال الزوج.

كما نصت المادة 16 من القانون المذكور والمعلقة بالمادة الثالثة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن : " تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة. ويراعى للقاضى عند تقدير النفقة وقت استحقاقها لا وقت القضاء بها مع مراعاة حالة الزوج من يسر وعسر (2).

وتجوز الزيادة فى النفقة إذا ظهر يسار الزوج عن وقت القرض لها ، لأنها تثقل التغيير والتبديل ، ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف مع إقضية الدليل .

فالحكم بفرض قدر محدد من النفقة اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسرا وعسرا حتى يقوم الدليل على تبدل ظروف فرضها (3) وتنص المادة 157، 219،

---

(1) يراجع : أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية م /أنور العمروسى ص 237 - 240 ، 251 ، 252 ، 287 ، 288 للطبعة الثالثة 2001م ، نشر دار الفكر الجامعى - الإسكندرية ، أحكام الأحوال الشخصية /محمد قملوى 736 وما بعدها .

(2) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية : محمد حامد قملوى 637 ، 638 ، ( طعن رقم 28 لسنة 69 جلسة 17/1/2000 ) ، المحللة للأعد الأول ص 237 .

(3) يراجع : مجموعة أحكام محكمة النقض طعن رقم 4 لسنة 40 ق نقض منلى جلسة 24 / 5 / 1972

220 من القانون المدني على أن تقدير النفقات يكون بمراعاة لوازم من تفرض إليهم ويسر من تفرض عليهم وعلى كل حال يلزم دفع النفقات شهرا بشهر مقدما<sup>(1)</sup>.

## 2 - نفقة الأقارب :

### أ - نفقة الفروع :

تنص المادة 175 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد والمعدلة بالمادة 18 مكرر ثانيا من القانون 25 لسنة 1929 والمادة الأولى من القانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه :

- 1 - إذا لم يكن للولد الصغير مال ولا مورد من حرفة أو غيرها فنفته على أبيه .
- 2 - وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب فعلا ما يكفي نفقتها ، وإلى أن يتم الغلام الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب الكافي المناسب.

3- فإذا تم الغلام الخامسة عشرة عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية ، أو بسبب طلب العلم الضروري الملائم لأمثاله ن أو بسبب عدم تيسر الكسب، استمرت نفقته على أبيه. وتنص المادة 174 من مشروع القانون الموحد وأبقى عليها في القانون رقم 100 لسنة 1985 على أن: " تشمل النفقة للأقارب الطعام، والكسوة، والسكن، وما يلزم للعلاج الضروري والتعليم ، وذلك كله في حدود المناسب لمثل من وجبت له النفقة مع مراعاة قدرة من وجبت عليه.

---

(1) يراجع : تومر في النظرية العامة للالتزامات د / عبد الرزاق السنهوري 413 .

وفي ضوء ما سبق نتناول شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول وما تشمله ومقدارها وذلك فيما يلي :

### شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول :

1 - أن يكون الفرع فقيراً عاجزاً عن الكسب ولو كان عاقلاً لوالده ، لأن مناط وجوب النفقة هو الفقر والعجز ، فإن كان الولد له مال فنفته في ماله صغيراً كان أو كبيراً ذكراً أو أنثى ، وإذا لم يكن له مال ولكنه قادر على الكسب من حرفة أو صنعة فنفته في كسبه ، أما إذا كان عاجزاً عن الكسب لصغر أو لمرض فنفته على والده ، وكذلك إذا كان مشغلاً بالتعليم لأن التعليم يعتبر عجزاً حكماً موجباً للنفقة إذا كانت تراعى الدولة ولا يتناقى مع الدين وأن يكون الطالب رشيداً في التعليم رافياً في درجاته ، فأجر التعليم يجب على الأب لأبنائه ، لأنه واجب عليه أن يعد أولاده للصغار منذ نشأتهم بتعلم ما يجب تعلمه شرعاً ، لأن ما لم يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وهو من رعاية الأب الواجبة لأبنائه بعد أن أصبح للتعليم من مقومات الحياة الضرورية ، ومن حاجات الفرد الأساسية ما لم يكن تعليمياً محظوراً تعلمه كالسحر<sup>(1)</sup>.

2 - أن يكون الأصل موسراً قادراً على الكسب ، فإن كان معسراً أو عاجزاً عن الكسب فلا تجب عليه النفقة إلا بقدر استطاعته فإن تعدد الأولاد ولا يستطيع أن ينفق عليهم جميعاً ، فإنه يقدم في الإنفاق الزوجة ثم الولد الصغير ، ثم الولد الكبير المريض ، ثم الولد الكبير غير المريض<sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية محمد حامد فحمالوى 639 ، 646 ، 686 ، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية : م / أنور العمروسي 349 ، الأحوال الشخصية : عبد العزيز عامر 453 ، 582 . مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 2270 لسنة 55 ق نقض مدنى جلسة 1991/1/31 . طعن 535 لسنة 24 ق نقض مدنى جلسة 1975/12/31 .

(2) يراجع : الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 504 ، 587 ، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية أنور العمروسي 349 .

## ما تشمله النفقة ومقدارها :

تشمل النفقة على الفروع كل ما يحتاجون إليه من طعام ، وكسوة ، ومسكن ومصاريف التعليم ، و ثمن دواء ، وأجر طبيب ، ولقد اعتبر المشرع الوضعي التطبيب ضروري من أنواع النفقة الواجبة للأولاد على آبائهم ، وأن هذا ما تقتضيه أصول الشريعة والمصلحة الزمنية فيلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم ، وذلك على حسب قدرته وبساره ، وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمتالهم .

نفقة الصغير من طعام ، وكسوة ، ومسكن ، وخادم ، وأجرة حضانة ، ورضاعة على والده منذ تاريخ ولادته وتستمر النفقة على الولد الذكر حتى يبلغ قادرا على الكسب ، وعلى البنت حتى تتزوج أو تكسب بعملها أو بصنعتها ما يكفي لنفقتها<sup>(1)</sup>.

وتقدير نفقة القاصر بما يتفق مع مصلحته من سلطة محكمة الموضوع<sup>(2)</sup> .

### ب - نفقة الأصول :

تنص المادة 177 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد والتي أبقي عليها القانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه :

1 - يجب على الولد المومر نكرا كان أو أنثى كبيرا كان أو صغيرا نفقة والديه الفقيرين العاجزين عن الكسب ، ما لم يظهر تعنت من الأب في اختيار البطالة على عمل أمثاله كملا وعزادا .

2 - فإذا تعدد الأولاد اشتركوا في نفقة والديهم بنسبة حصصهم الإرثية .

وتنص المادة 179 من القانون السابق الإشارة إليه على أن :

---

(1) يراجع : أصول المرافعات الشرعية م / فور المعمومي 254 - 256 ، 349 ، أحكام الأحوال الشخصية محمد قحايى 404 ، 405 ، 483 ، 660 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 453 ، 454 .

(2) يراجع : مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 86 لسنة 45 نقض مدنى جلسة 16/5/1979م ، طعن رقم 11 لسنة 36 نقض مدنى جلسة 3/1/1973م .

" الشخص الذى يكلف بالنفقة فى حال يساره يعتبر كالمعذوم فى حال إيساره وتقرض النفقة على سواه ممن تجب عليهم عند عدمه سواء كان ذلك المعسر أباً أو ولداً أو غيرهما .

وفى ضوء ما سبق نتناول شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع وما تشمله ومقدارها فيما يلى :

### شروط نفقة الأصول على الفروع :

1 - تجب نفقة الأب على ابنه إذا كان الأب فقيراً عاجزاً غير كسوب .  
فإذا كان الأب غنياً موسراً فنفقته فى ماله ، وإن كان فقيراً ولكنه عاجز عن الكسب فنفقته على ولده ، أما إن كان قادراً على التكسب فلا نفقة له إذا ترك ذلك العمل عناداً .

2 - أن يكون الفرع - الابن - له مال وقادراً على الكسب ولو اختلفا فى الدين .  
فإذا كان الفرع فقيراً معسراً فلا يلتزم بالنفقة ، وكذلك إذا كان فقيراً وعاجزاً عن التكسب بصناعة أو عمل ، أما إذا كان فقيراً وقادراً على التكسب فإنه يلزمه التكسب لينفق على والديه الفقيرين العاجزين .

فإذا تعدد من تجب لهم النفقة كالأب والأم وكان لا يستطيع الإنفاق إلا على أحدهما فإنه يقدم الأم ( مادة 182 من مشروع القانون الموحد ) بعد زوجته وأولاده .  
هذا إذا كان الفرع - المنفق واحداً ، أما إذا تعدد - الفرع المنفق - اشتركوا جميعاً فى نفقة والديهم وذلك على حسب نصيبهم فى الميراث - للذكر مثل حظ الأنثيين - فإذا كان أحدهم معسراً فيعتبر كالمعذوم وتقرض النفقة على سواه ممن تجب عليهم (1) .

---

(1) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية / محمد قحاونى 471 ، 472 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 503 ، 504 ، 587 .

## ما تشمله النفقة ومقدارها :

تشمل النفقة على الأصول كل ما يحتاجون إليه من طعام وشراب وكسوة ومسكن وغير ذلك مما قيل فى نفقة للزوجة والأولاد من نفقة الخادم ومصاريف العلاج ، لأن ذلك من جملة النفقة ، وقدرها على حسب حال المنفق ، وقدرها على حسب حال المنفق يسارا أو إعسارا وما يقضى به العرف فى ذلك من مد حاجاتهم الضرورية التى لا غنى لهم عنها <sup>(1)</sup> .

### ج - نفقة الأقارب غير الأصول والفروع من الرحم المحارم :

تنص المادة 178 من القانون السابق الإشارة إليه على أن :

- 1- فيما عدا الأولاد الصليبين والأب والأم تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على وارثه من أقاربه المحارم الموسرين .
  - 2- يكون العجز عن الكسب إما للصغر أو للشيخوخة أو لآفة بدنية أو عقلية ، أو للاستغلال بطلب العلم الضروري ، أو لعدم تيسر الكسب .
  - 3- تعتبر الأنثى عاجزة عن الكسب حتى تتزوج أو تكسب فعلا ، ما لم يظهر تغنتها فى اختيار البطالة على عمل مناسب أمثالها كسلا أو عنادا .
  - 4- إذا تعدد المحارم الموسرون كلف بالنفقة من هو مقدم على غيره فى الإرث فإن كانوا مشتركين فى الإرث اشتركوا فى أداء النفقة بنسبة حصصهم الإرثية .
- وفى ضوء ما سبق أوضح شروط وجوب نفقة الأقارب غير الأصول والفروع وما تشمله النفقة ومقدارها فيما يلى :

### شروط وجوب نفقة الأقارب غير الأصول والفروع من الحواشي زي الرحم

المحارم :

من خلال النص السابق يتضح أن المشرع الوضعى اشترط لوجوب النفقة ما يلى:

- 1 - أن يكون القريب فقيرا عاجزا عن الكسب ( المستحق للنفقة ) .

---

(1) يراجع : الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 453 .

2 - أن يكون القريب المنفق موسرا .

3- أن يقضى بها القاضى .

4 - أن يكونوا متحدين فى الدين وارثين ( مادة 184 ) .

فإذا كان القريب المستحق للنفقة فقيرا عاجزا عن الكسب لصغر أو لمرض ، أو لكبر سن ، أو طلب علم ، أو عدم توفر عمل، فإن نفقته تكون ولجبة على قريبه الموسر الذى لديه من المال ما يزيد عن حاجته وحاجة من يعولهم ، وأن يكونوا من الوارثين ، ولقد قضت محكمة النقض المصرية أن سبب نفقة الأقارب الرحم وأهلية الميراث وتجب لهم سد لحاجتهم ومنعهم من السؤال صلة لرحمة (1) .

وتستمر هذه النفقة حتى يكبر الصغير ، ويشفى المريض ، وينتهى طالب العلم من تعليمه ، وتنتزوج الأنثى ما لم تكن لها صنعة مناسبة لها وترفض العمل تعنتا . فإذا تعدد المحارم الموسرون فالذى يلزمه النفقة من يتقدم فى الميراث فإن تساوا فى الميراث اشتركوا فى النفقة بنسبة حصصهم الإرثية .

---

(1) يراجع : الأحوال للشخصية د/ عبد العزيز عامر 503 ، 504 ، 582 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طمن رقم 24 لسنة 46 ق نقض مننى جلسة 3/7 / 1979 ، طمن رقم 29 لسنة 46 ق جلسة 7/ 3 / 1979م ...



وإذا كان الشخص المكلف بالنفقة معسرا فتفرض النفقة على سواء ممن تجب عليهم ( مادة 179 ) وإذا تعدد المستحقون للنفقة ، وكان المكلف بالإتفاق غير قادر على نفقتهم جميعا كلف بقدر استطاعته واعتبر معسرا بالنسبة للباقي ، وكلف سواء بالنفقة ، وإلا قدم زوجته وأولاده ثم والديه ثم سواهم يقسم عليهم بقدر استطاعته<sup>(1)</sup>.

### ما تشمله النفقة ومقدارها :

تشمل النفقة على الأقارب الطعام ، والكسوة ، والمسكن ، وما يلزم للعلاج الضروري والتعليم ، وذلك فى حدود المناسب لمثل من وجبت له النفقة مع مراعاة قدرة من وجبت عليه وما قيل فى نفقة الزوجة ومشتملاتها ونفقة الفروع والأصول ينطبق هنا<sup>(2)</sup> .

بقى أن أشير إلى معنى الفقير الذى لا تجب عليه النفقة وتجب له ، حيث نصت المادة 180 من مشروع القانون الموحد إلى أن : " الفقير هو الذى ليس له مال تزيد قيمته عن المقدار الضرورى عرفا لحاجته المالية المشروعة ، وحاجة عياله وقضاء ديونه الحالة أو القرية الحلول ، أو له مورد من حرفة أو غيرها يزيد عن وفاء الحاجات المذكورة " .

ولا يعتبر من المال الزائد عن الحاجات المذكورة رأس ماله الذى يتوقف عليه كسب كفايته ولا البيت الذى لا تزيد قيمته ولا مساحته عن حاجة سكناه وسكنى عياله .

فمثل هذا يعتبر فقيرا معسرا لا تجب عليه النفقة لغيره ، وتجب له النفقة على غيره<sup>(3)</sup> .

(1) يراجع : الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 504 ، 583 ، 587 .

(2) يراجع : الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 453 .

(3) يراجع : المرجع السابق ص 583 وما بعدها .



## الفرع الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

#### من تعريف النفقة وبيان أسبابها

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية ( القانون الوضعى ) من تعريف النفقة وبيان أسبابها يتضح ما يلى :

1 - إن أحكام ونصوص قانون الأحوال الشخصية مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والمذاهب الفقهية المختلفة ، لذا لا أرى اختلافا بين موقف القانون الوضعى ( قانون الأحوال الشخصية ) وبين موقف الفقه الإسلامى إلا فى مواطن قليلة .

فلقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى مفهوم النفقة من أنها ما تلزم الشخص من إطعام وكسوة ومسكن وعلاج وغير ذلك مما يحتاج إليه مع مراعاة حال المنفق والمنفق عليه.

2 - كذلك اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أسباب النفقة من أنها : الزوجية والقرابة ، ولكن القانون اختلف عن الفقه فى أحكام النفقة الخاصة بالملك كالعبيد والحيوانات ، والزرع ، والثمار ، ولم يجعل ذلك من أسبابها ، لأن ذلك ليس من متعلقات الأسرة التى أسس عليها قانون الأحوال الشخصية الخاص بأحكام النفقات وغيرها من مسائل الأسرة .

3 - فلقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى وجوب النفقة للزوجة متى توافرت شروطها وأيضاً فى ما تشمله النفقة ومقدارها وأنها مقدرة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً .

4 - وأما نفقة الأقارب من الفروع فلم ينص القانون على أولاد الأولاد ووجوب النفقة لهم إلا أنه يفهم أنهم أطلقوا لفظ الفروع ، والفروع يشمل الولد وولد الولد ، فلذا يكون القانون قد اتفق مع جمهور الفقهاء من أن النفقة واجبة للفروع مطلقاً مهما نزلوا .

5 - وكذلك لم ينص القانون على حكم النفقة على الأجداد والجدات وإنما أطلق ذلك بقوله على الولد نفقة والديه الفقيرين .... وأيضا الولدين يشمل الأب والجد والأم والجدّة ، كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء ، وأن النفقة واجبة لهم فلذا تكون نفقة الأجداد والجدات واجبة في حكم القانون .

6 - وكذلك اتفق القانون مع الفقه الإسلامي في وجوب نفقة الأقارب من غير الأصول والفروع متى توافرت الشروط الواجبة ، فلا خلاف بين موقف القانون الوضعي ( قانون الأحوال الشخصية ) وبين ما ذهب إليه الفقه الإسلامي ، كما قلنا لأن نصوص القانون مستمدة من الشريعة الإسلامية ومن المذاهب الفقهية المختلفة..... .

" وهذا والله أعلم "....

## المطلب الثاني

**تملك من تجب له النفقة جبرا عن تلزمه عند امتناعه**

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تملك من تجب له النفقة جبرا عن تلزمه عند امتناعه

في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني : تملك من تجب له النفقة جبرا عن تلزمه عند امتناعه

في القانون الوضعي

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من تملك من تجب له النفقة جبرا عن تلزمه عند امتناعه

## الفرع الأول

**تملك من تجب له النفقة جبرا**

لقد بينا في المطلب السابق تعريف النفقة ومشروعيتها وبيان أسبابها ، واتضح أن أسباب النفقة النكاح ، والقرابة ، والملك ، وأن النفقة تجب بأحد هذه الأسباب الثلاثة، ويلزم من تجب عليه أن يعطيها لمن تجب له ، أما إذا امتنع عن إداها مع وجوبها عليه ، فيمتلكها من تجب له جبرا عنه وهذا ما سأوضحه فيما يلي :

**أولا : امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته وكيفية تملكها للنفقة الواجبة لها جبرا عنه :**

إذا كانت النفقة ولجة على الزوج بتوافر شروطها كان من الواجب عليه أن يهيئ للزوجة طعامها ، ولباسها ، ومسكنها ، وحاجاتها ، وأن يتولى الإنفاق عليها وليس لها أن تطلب منه تقديرا معينا لتتفق هي بنفسها .

وله أن يعطيها من المال لتقوم هي بتهيئة ما يلزمها طوعا واختيارا منه .  
ولقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الزوجة إذا أكلت مع الزوج كما هو سائد ومعروف لدى الناس ، فإن نفقتها تسقط لجريان العادة على ذلك منذ عهد الرسول -

صلى الله عليه وسلم - من غير نزاع ، ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده ، ولو كان أكلها معه لا يسقط النفقة مع علم النبي - صلى الله عليه وسلم - لأعلمهم بذلك ، ولقضاءه من تركه من مات إبراء لزمته .

أما إذا امتنع عن الإنفاق عليها ، أو ثبت تقصيره في حقها دون سبب أو حق شرعي : فإن تمكنت من تناول قدر كفايتها ، فليس لها أن تطلب نفقة من القاضى ، وكذلك لها أن تتفق على نفسها من مال الزوج بدون إذنه .

أما إذا لم تتمكن من ذلك ، فإنها ترفع الأمر إلى القاضى ، ويلزمه القاضى بنفقة لزوجته ، فإن تراضيا على شيء فيها ونصت ، وإن لم يراضيا فيرجع في تقدير النفقة إلى القاضى ، فإن امتثل الزوج في الاستجابة لأمر القاضى في الإنفاق على زوجته بالتقدير الذى قدره ، فإنه يتولى الإنفاق عليها بنفسه ، لأنه قوام عليها ، ولا يجوز له أخذ ما زاد على النفقة ، لأنه ملك لها .

وإذا ظهر أن الزوج لا ينفق عليها من النفقة المفروضة لها ، فيأمره القاضى ليدفع لها النفقة لتتفق على نفسها ، فإن أبى حبسه للقاضى (1) .

وقال المالكية والشافعية : إذا فرض لها القاضى نفقة فلا تجبر على الأكل مع زوجها ولها المطالبة بالنفقة لتتفق على نفسها ، وإن كانت تؤمر بالأكل معه من غير قضاء لما فيه من حسن العشرة والتودد (2) .

---

(1) يرجع : بدائع الصنائع 4 / 34 ، 38 ، 41 ، شرح فتح القدير 4 / 387 ، 392 ، الاختيار 3 / 161 - 163 ، بنية المالك 1 / 484 ، الشرح الكبير وحاشية للسوقى 2 / 514 ، مغنى المحتاج 3 / 544 ، 545 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4 / 71 ، المغنى 11 / 204 ، 219 ، 220 ، المحلى 9 / 253 ، 254 ، البحر الزخار 4 / 274 ، الروضة للنبيه 2 / 75 ، فقه الإمام جعفر 5 / 333 ، شرائع الإسلام 2 / 253 ، 254 ، لفقه الإسلامى وأدلته للزحلى 8 / 799 .

(2) يرجع : الشرح الكبير وحاشية للسوقى 2 / 514 ، جلال المحلى وحاشية قليوبى 4 / 71 .

وقال الحنابلة : لها أن تأخذ من ماله قدر كفايتها بالمعروف إذا منعها الزوج النفقة<sup>(1)</sup> أما ما يفرض لها من النفقة ومقداره : فقال الحنابلة أيضا : لا يفرض لها غير القوت الغالب إلا ب اتفاق للزوجين ويجب تسليم الطعام إليها بصنب العرف<sup>(2)</sup>.

وأجاز الحنفية والمالكية : تقدير النفقة بالنقود وتدفع لها لتتفق على نفسها ، لأن ذلك لضبط وأيسر<sup>(3)</sup> .

وتقدر النفقة بحسب العرف والعادة في كل بلد ، وبحسب إختلاف الأمكنة والأرمنة والأحوال من رخص وغلاء ، وشباب وهرم ، وشتاء وصيف ، وإذا تم تقديرها وتغير حال الزوج يسارا وإعسارا ، وتغيرت الأحوال من رخص أو غلاء ، زاد القاضي في النفقة أو أنقصها<sup>(4)</sup> .

أما إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد ما فرضه على نفسه أو بعد فرض القاضي ففيه تفصيل :

أ - إذا كان الزوج موسرا وله مال ظاهر وكان حاضرا : فإذا امتنع عن الإنفاق فهو ظالم ويتعين رفع الظلم ، ومن الوسائل المقررة في الشريعة الإسلامية لرفع الظلم حبسه لإرغامه على الإنفاق ، وبيع ماله جبرا عنه للإنفاق على زوجته .

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للقاضي يحبسه ، فإن أصر على الحبس ولم ينفق أخذ للقاضي من ماله ودفعه إلى المرأة إن كان من جنس النفقة التي فرضت لها ،

---

(1) يراجع : المغنى لابن قدامة 11 / 219 ، 220 .

(2) يراجع : المرجع السابق نفس الموضوع .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 - 41 ، شرح فتح القدير 4 / 392 ، الشرح الكبير وحاشية النسوقي 514 / 2 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 - 41 ، بلغة السالك 1 / 484 ، مغنى المحتاج 3 / 544 .

المغنى 11 / 219 ، المحلى 9 / 253 ، 254 ، لبحر الزخار 4 / 274 ، الروضة للنية 2 / 75 ، شرائع

الإسلام 2 / 253 ، الفقه الإسلامي وألفته للزحيلي 7 / 799 .

فإن كان ماله عروضاً أو عقاراً ، فيبيع القاضى من ماله جبراً عنه ويعطى للزوجة لتتفق منه على نفسها وتملك الزوجة ذلك جبراً عنه<sup>(1)</sup> .

وقال أبو حنيفة : لا يبيع القاضى من ماله إن كان عروضاً ، لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه وإنما يحبس حتى يبيع ماله بنفسه<sup>(2)</sup> وهذه المسألة مبنية على اختلافهم فى بيع مال المدين ، وقد سبق أن أوضحت ذلك وبينت أن الراجح هو بيع مال المدين للوفاء بالدين<sup>(3)</sup> .

وقيل : أن القاضى يبيع مال الزوج لينفق على للزوجة إن كان له مال ظاهر ولا يحبسه ، سواء كان من جنس النفقة فيعطىها منه ، أو من غيره فيبيعه ويعطى للزوجة ثمنه .

واستدل الجمهور على ذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - لهند زوج أبى سفيان " خذى ما يكفيك ويكفى ولدك بالمعروف .... " <sup>(4)</sup> ولم يفرق النبى - صلى الله عليه وسلم - بين الدراهم وغيرها سواء كان من جنس النفقة أو غيرها ، وأمرها بأن تأخذ من ماله بدون علمه بقدر كفايتها<sup>(5)</sup> .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 387 - 392 ، للشرح الكبير وحاشية النسوى 2 / 514 ، الجلال المحلى وحاشية قلاوي 4 / 71 ، للشرح الكبير بهامش المغنى 11 / 251 ، المحلى 9 / 253 ، 254 البحر الزخار 4 / 274 ، فقه الإمام جعفر 5 / 333 ، النيل 14 / 8 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 - 41 ، شرح فتح القدير 4 / 387 - 392 ، الاختيار 3 / 161 - 163 .

(3) يراجع : ص 86 من هذا البحث .

(4) الحديث سبق تخريجه ص : 243 .

(5) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 390 ، حاشية النسوى 2 / 514 ، مغنى المحتاج 3 / 544 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 11 / 251 ، كشاف للقناع 5 / 478 ، زاد المعاد 4 / 220 ، المحلى 9 / 254 ، السيل الجرار 2 / 451 ، الروضة للننية 2 / 75 ، شرح كتاب النيل 13 / 622 .



ب - أما إذا كان الزوج موسرا ولكنه ليس له مال ظاهر وهو حاضر :  
 فذهب جمهور الفقهاء إلى أن القاضى يعززه بالتأنيب والتوبيخ على ماطلته ،  
 وإن طلبت الزوجة حبسه فإنه يحبس عقوبة له على ماطلته (1) .  
 ، قال الشافعى : لا يحبس ولا يلزم حتى يظهر له مال (2) .  
 واستدل الجمهور على أنه يحبس بقوله - صلى الله عليه وسلم - ( مطل الغنى  
 ظلم يحل عرضه وعقوبته ) (3) ، فإنه يظل محبوسا حتى يدفع النفقة ، وذلك تأديبا  
 له وتثنيذا عليه مادام قادرا على الوفاء ، ولا يمنع الحبس من بيع ما ظهر من ماله  
 ليوفى الزوجة حقا ، لأن الحبس ليس عوضا عن النفقة بل هو وسيلة لحمله على  
 الإنفاق ، وليس للحبس مدة مقرره وإنما مفوض للقاضى تقديره (4) .

ج - أما إذا كان الزوج معسرا وهو حاضر :  
 فذهب الجمهور من الفقهاء إلى أنه إذا ثبت عجزه فإنه يترك إلى ميسرة لقوله  
 تعالى : ( وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ) (5) ولا يحبس لأن حبس المعسر  
 لا يفيد ، ولكنه يؤمر بالتكسب بعمل أو صنعة ، فإن تمرد عن ذلك فإنه يحبس .  
 وتستدين الزوجة على زوجها بأمر القاضى ، فإن لم تجد من تستدين منه ، أمر  
 القاضى من تجب عليه نفقتها من أقاربها كإبيها ، وأخيها بالإتفاق عليها ويرجعان

(1) يرجع : شرح فتح القدير 4 / 390 - 392 ، الاختيار 3 / 161 - 163 ، حاشية للسنوى 2 / 514  
 الجلال المحلى وحاشية قليوبي 4 / 71 ، الشرح الكبير بهامش المعنى 11 / 251 ، كشف القناع 5 / 478  
 السبل الجرار 2 / 451 ، الفروضة الندية 2 / 75 ، النبل 13 / 622 ، الفقه الإسلامى للزحلى 7 / 810  
 811 .

(2) يرجع : معنى المحتاج 3 / 563 ، 564 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبي 4 / 81 ، 82 ، حاشية  
 البجيرمي 4 / 464 ، 466 ، 487 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص : 98 .

(4) يرجع : بدائع الصنائع 4 / 34 - 41 ، بلغة السالك 1 / 484 ، معنى المحتاج 3 / 544 ، 545  
 المعنى 11 / 219 ، 220 ، البحر الرخا 4 / 274 ، فقه الإمام جعفر 5 / 333 ، النبل 13 / 622 الوجيز  
 فى أحكام الأسرة د / محمد سالم منكور 196 ، 197 .

(5) جزء من الآية رقم 280 من سورة البقرة

على زوجها إذا أيسر ، وإن امتنع القريب عن النفقة عليها ، حبسه القاضي حتى يؤدي إليها ما تنفق به على نفسها<sup>(1)</sup>.

وزهد الإمامية إلى أنه : إذا أعسر الزوج بالنفقة فإنها تسقط عنه<sup>(2)</sup>.

أما إذا كان الزوج غائبا وتعدّر إحضاره إلى القاضي لسؤاله عن دعوى النفقة . فذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب النفقة عليه من وقت غيابه، وقيل: من وقت بلوغ الخبر له ، ولو لم يفرضها حاكم<sup>(3)</sup>.

وقال الحنفية : لا تجب النفقة إلا بحكم حاكم<sup>(4)</sup>.

فإذا غاب الزوج وطلبت الزوجة من القاضي فرض نفقة لها :

فإن كان له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه ، قضى لها القاضي بالنفقة من ماله بعد أن يحلفها بالله أن زوجها ما أعطاهما نفقة ، رعاية لمصلحة الغائب ، أو أنه لم يترك لها مالا لتنفق منه ، ولا وكل وكيلة بالنفقة عليها وتسمى بيمين الاستيثاق .

وإذا لم يكن للزوج الغائب مال ظاهر : لم يفرض لها القاضي شيئا إذ لا فائدة به، وإن كان للزوجة أن تستكين عليه ويلزمها الصبر ، وتتعلق النفقة بذمة الزوج ، لأن النفقة تجب للزوجة شرعا مهما امتد الزمن ، فإن امتنع الزوج عن الإنفاق أو غاب الزوج ، فتثبت النفقة في ذمته، ويجب عليه أدائها بالغة ما بلغت مهما امتد الزمن .

---

(1) إراجع : شرح فتح القدير 4 / 390 - 392 ، الشرح الكبير وحاشية النسوي 2 / 514 ، مغنى المحتاج 3 / 563 - 564 ، حاشية للجبرمي 4 / 464 ، 566 ، 487 ، المغنى 11 / 219 ، 220 ، كشف النقاب 5 / 478 ، 479 ، المحلى 9 / 253 ، 254 ، السيل الجرار 2 / 451 ، التلذذ 14 / 8 ، الفقه الإسلامي للزحلي 7 / 810 ، 811 ، الوجيز في أحكام الأسرة د / محمد سلام مذكور 196 ، 197 .

(2) إراجع : شرائع الإسلام 2 / 354 . فقه الإمام جعفر 5 / 323 ، 333 .

(3) إراجع : مغنى المحتاج 3 / 555 ، 556 . الجلال المحلى 4 / 77 ، اروض المرعب 521 . المحلى 256/9 ، 261 ، البحر للزخار 4 / 274 ، السيل الجرار 2 / 451 .

(4) إراجع : بدائع الصنائع 4 / 38 . والهداية وشرح نونية وشرح فتح القدير 4 / 401 ، 402 . الاختيار 3 / 165 ، 162 .

وأصبحت ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا تسقط بمضي الزمان (1)

فالنفقة واجبة للزوجة فقيرة كانت أو غنية ذات مال ، ما لم تتنازل لزوجها عن بعض هذه النفقات برضاها واختيارها ، فهذا شيء حسن ، به ترداد الحياة الزوجية مودة ورحمة بتعاونهما على تحقيق مطالب الحياة .

وفى ذلك يقول ابن حزم " إن كان الإجماع متفق على وجوب نفقة الزوجة على زوجها سواء كان موسراً أو معسراً حتى ولو كانت موسرة ، إلا أنه يجب عليها إن عجز الزوج عن نفقة نفسه ، وامرأته غنية موسرة ، فإنها تتفق عليه ولا ترجع عليه بشيء إن أيسر لقوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ (2) والزوج وارثة فعليها النفقة " (3) .

فهذا رأى خطير يستحق أن يكون محل نظر ، لأن الحياة الزوجية حياة مشتركة فترتبط فيها سعادة الزوجة ولولادها بسعادة الزوج وكرامته ، وفرض الله المعاشرة بالمعروف عليهما ، وليس من المعروف إلزامه بالنفقة وهو فى عسر وضيق ، وزوجته موسرة تنعم بالمال والثراء والله يقول ( وتعاونوا على البر والتقوى ) (4) فمعمونة للموسر للمعسر من أقرب القربات وأكرم أنواع البر فكيف إذا كان زوجاً افتقر بعد غنى وأعسر بعد يسر (5) .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 37 ، الشرح الصغير وبلغه السالك 1/ 485 ، 487 ، حاشية السرقى 2/ 518 ، معنى المحتاج 4/ 563 ، الميزان الكبرى للشرفية 2/ 193 ، كشاف القناع 5/ 469 وما بعدها المعنى 11/ 219 وما بعدها ، المحلى 9/ 253 ، البحر الزخار 4/ 274 ، السيل للجرار 2/ 451 فقه الإمام جعفر 5/ 326 ، النيل 14/ 8 ، الفقه الإسلامى للزحيلي 7/ 809 - 814 ، الأحوال الشخصية د/ مصطفى السباعى 1/ 285 .

(2) جزء من الآية رقم 233 من سورة البقرة .

(3) يراجع : المحلى 9/ 254 مسألة 1926 .

(4) جزء من الآية رقم 2 من سورة المائدة .

(5) يراجع : قانون الأحوال الشخصية د/ مصطفى السباعى 1/ 286 .

**ثانيا : الامتناع عن النفقة على الأقارب وكيفية تملكها لمن تجب له جبرا  
عن تلزمه :**

النفقة على الأقارب من الأصول والفروع واجبة من غير حاجة إلى قضاء القاضى وأما نفقة غيرهم من الأقارب لا تثبت إلا بقضاء القاضى ، أو بالتراضى عند الحنفية .

ويرجع السبب فى ذلك : إلى أن نفقة الأصول والفروع تجب باتفاق الفقهاء فلا يحتاج فى وجوبها إلى حكم حاكم ، أما نفقة الأقارب غيرهم مختلف فى وجوبها بين الفقهاء فيحتاج إلى ما يقويها وهو قضاء القاضى .

وما يدل على أن نفقة الأصول والفروع واجبة من غير قضاء القاضى أن أساس النفقة الجزئية والبعضية بين الطرفين ، والإنسان يجب عليه إحياء نفسه لدفع الهلاك عنها ، وإحياء بعض النفس واجب ، لأنه من إحياء النفس ، وإحياء النفس لا يقف على قضاء القاضى ، فكذلك إحياء البعض ، لذا فنفقة الأباء ، والأولاد واجبة بدون حاجة إلى قضاء القاضى.

أما نفقة الأقارب غير الأصول والفروع كالأخوة ، والأعمام ، فأساسها الصلة ، وليس فيها إحياء بعض النفس لعدم الجزئية والبعضية فتتوقف على قضاء القاضى . فإذا امتنع القريب من الإنفاق على قريبة المستحق وأصر على الإمتناع مع قدرته ويساره فإنه يحبس ، لأن فى الإمتناع عن النفقة إهلاك للقريب ، وفى الحبس حمل على الإنفاق لحفظ حياة الإنسان ، وهذا أمر واجب شرعا ، ويتحمل القريب الممتنع هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة .

فإذا امتنع الأب عن النفقة على أولاده وكان موسرا قادرا على الإنفاق ، فإن القاضى يجبره على أدائها بالطرق المشروعة ، ولو أدى ذلك إلى حبسه ، لأن الأب لا يحبس فى دين ولده إلا فى النفقة ، وإن كان الأب يحبس لامتناعه عن الإنفاق فغيره أولى بالحبس للنفقة لأن الإمتناع إتلاف للنفس ولا يحل للأب ولا لغيره ذلك.

فإن كان للمتبع عن الإنفاق مال من جنس النفقة كالنقد ، والمأكّل ، والملبس ، وظنر به مستحق النفقة : فإن كان من الأصول والفروع فله أن يستوفى منه حقه بالإنفاق جبراً عنه أما إن كان من الأقارب غير الأصول والفروع كالأخوة ، والأعمام ، وظنر بجنس حقه . فليس له أخذه قبل قضاء القاضى <sup>(1)</sup> .  
وإن لم يكن للمتبع عن الإنفاق مال من جنس النفقة بأن كان عروضاً ، أو عقاراً : باع القاضى عروضه أو عقاره للإنفاق على المستحق للنفقة ، ويكون ذلك ملكاً لإجبار رغماً عنه وأجاز جمهور الفقهاء للأب أن يبيع عروض ابنه الغائب بمقدار ما يحتاج إليه وليس له أن يبيع ما يزيد عن مقدار حاجته ، وكذلك ليس لغيره ، بيع عروض الغائب للإنفاق <sup>(2)</sup> .

فإذا كان حاضراً وامتنع عن الإنفاق وليس له مال ظاهر : أجبره الحاكم على البيع لعروضه أو عقاره فإن امتنع فلولي الأمر حبسه حتى يقوم بدفعها ، أو يتولى القاضى البيع بنفسه ، فيبيع كل يوم جزء بقدر الحاجة ، وقيل : يقترض عليه إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له ، لأن نفقة القريب المصر على تربيته ليست من باب البر والإحسان والتفضل الاختياري فقط ، بل هي حق ولجب وفريضة إلزامية <sup>(3)</sup> .

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 411 وما بعدها ، بدائع الصنائع 4 / 53 - 54 ، الاختيار 3 / 169 - 170 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 2 / 520 - 521 ، بلفة السالك 1 / 487 ، معنى المحتاج 3 / 570 ، الجلال المحلى 4 / 84 ، حاشية الجبيري 4 / 455 ، كشاف القناع 5 / 484 ، الشرح الكبير بهامش المعنى 11 / 273 ، المحلى 9 / 267 ، البحر الزخار 4 / 281 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 333 ، شرائع الإسلام 2 / 353 - 354 ، شرح كتاب النيل 13 / 622 ، 14 / 51 الأحوال الشخصية د / محمد مصطفى شحاته 141 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 589 .

(2) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 411 وما بعدها ، بلفة السالك 1 / 487 ، معنى المحتاج 3 / 570 كشاف القناع 5 / 484 ، المحلى 9 / 267 ، البحر الزخار 4 / 281 ، شرائع الإسلام 2 / 353 - 354 ، النيل 14 / 51 . الوجيز في أحكام الأسرة د / محمد مدكور 537 ، 538 .

(3) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 411 وما بعدها ، معنى المحتاج 3 / 750 ، كشاف القناع 5 / 484 ، النيل 51 / 14 .

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نفقة الأقارب من الأصول والفروع وغيرهما تسقط بمضي الزمان ، لأنها وجبت لدفع الحاجة ، وقد زالت الحاجة بمضي الوقت فتسقط فإذا قضى للقاضي بها للأقارب ومضت مدة شهر فأكثر ولم يقبض القريب ولا استدان عليه حتى مضت المدة ، سقطت للنفقة ما لم يأذن القاضي بالاستدانة على المنفق المفروض عليه ، لأنها وجبت كفاية وسدا للحاجة فلا تجب للموسرين ، لأنه إذا مضت المدة ولم يقبضها المستحق دل على أنه غير محتاج إليها <sup>(1)</sup> .  
واستثنى المالكية ، نفقة الأقارب حالة قضاء القاضي فإنها تصبح منجمدة في الماضي فلا تسقط بمضي الزمن <sup>(2)</sup> .

واختلف الفقهاء في كون النفقة هل تصير ديناً في الذمة أم لا ؟

فقال الحنفية : لا تصير ديناً في الذمة سواء فرضها القاضي أم لا ؟ <sup>(3)</sup> .

وقال المالكية : تصير ديناً وتلزم في حالتين :

1 - أن يفرضها القاضي .

2 - أن ينفق شخص غير متبرع على صبيغير ثم يرجع على أبيه <sup>(4)</sup> .

وقال الشافعية : تصير ديناً في ثلاث حالات :

1- إذا فرضها القاضي .

2 - إذا أذن له القاضي في الاقتراض بسبب غيبته .

3- إذا امتنع عن الإنفاق <sup>(5)</sup> .

(1) يراجع : شرح فتح القدير 14 / 426 ، بدائع الصنائع 4 / 53 ، 55 ، المغنى 11 / 250 ، كشف القناع 5 / 484 ، حاشية قليوبي 4 / 85 ، للفقهاء الإسلامى للزحيلي 7 / 829 ، الوجيز في أحكام الأسرة د/ محمد منكر 536 .

(2) يراجع : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 1 / 489 ، حاشية النسوقى مع الشرح تكبير 2 / 524

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 55 ، الاختيار 3 / 170 .

(4) يراجع : حاشية النسوقى 2 / 524 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 1 / 489 .

(5) يراجع : حاشية البجيرمي 4 / 455 ، حاشية قليوبي 4 / 85 ، مغنى المحتاج 3 / 572 .

وقال الحنابلة : لا تصير ديناً ولا تلزم ولو فرضها القاضي ما لم يستكين عليه  
بإذن الحاكم<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً : الامتناع عن النفقة الواجبة بسبب الملك والإجبار عليها :

أ - امتناع السيد عن الإنفاق على عبده :

إذا امتنع السيد عن الإنفاق على عبده وطلب العبد من القاضي مخاصمة سيده  
لعدم نفقهه، فإن القاضي يأمره بالنفقة عليه ، فإن أبى : ينظر القاضي : فإن كان  
العبد يصلح للإجارة يؤاجره وينفق عليه من الأجرة ، أو يبيعه إذا رأى البيع أصلح،  
ولا يجبر السيد على الإنفاق لقوله " صلى الله عليه وسلم " فى الحديث الذى رواه  
أبو هريرة - رضى الله عنه - " عبدك يقول أطمعنى وإلا فبعنى ... " <sup>(2)</sup> .

وإن لم يصلح العبد للإجارة بأن كان صغيراً أو لم يكن محلاً للبيع كالعبد المدبر:  
فيجبره القاضي على الإنفاق عليه ، لأنه لا يصح بيعه ولا إجارته ، وتركه جائعاً  
تضييع إلى آدمي فيجبر على الإنفاق ، ولأن الإبقاء عليه مع الإخلال بالواجب عليه  
من إطعام وكسوة وغير ذلك مما يحتاج إليه بالمعروف إضرار به ، وإزالة الضرر  
واجبة ، لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " لا ضرر ولا ضرار " <sup>(3)</sup> .

فإن امتنع عن الإنفاق وكان له مال ظاهر من جنس النفقة كالدرهم ، والطعام ،  
والكسوة جاز للعبد أن يأخذ نفقة من مال سيده بغير رضاه جبراً عنه ، لأنه حق  
واجب عليه وله أن يأخذه جبراً عنه .

---

(1) يراجع : كشف القناع 5 / 484 ، المغنى 11 / 250 .

(2) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب النفقات 3 / 286 بحاشية المنذرى ، أحمد فى المسند  
2 / 252 واللفظ له وعند البخاري " فضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ  
بمن تحول ، تقول المرأة إما أن تطمئنى وإما أن تطلقنى ، ويقول العبد أطمعنى واستعملنى ، ويقول الزين  
أطمعنى إلى من تدعنى ؟ فقالوا يا لبا هريرة : سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا  
من كيس لى هريرة " .

(3) الحديث سبق تخريجه ص : 173 .

وكنذك إذا كان السيد يعطيه ولكن دون كفايته وكان الرقيق عاجزا عن الكسب فله أن يأخذ من مال سيده بغير رضا .

(1) وللقاضى حبس السيد فى نفقة عبده كما يحبس فى نفقة القريب فإن امتنع أو غاب ولم يكن للسيد مال ظاهر ، وكان الرقيق عاجزا عن الكسب فيأمره القاضى بالاستدانة على سيده حتى يوسر ويرجع عليه أو يعود من غيبته ، فإن كان العبد قادرا على الكسب أجره القاضى وأنفق عليه من كسبه (1) .

ب - امتناع المالك عن النفقة على الحيوان والنبات والجماد :

إن امتنع المالك عن الإتفاق على الدواب التى يملكها فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء : " بعض الحنفية ، والمالكية ، والشافعية والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية " أنه إذا امتنع المالك عن الإتفاق على بهيمته فإنه يجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته ولقاربه .

فإن كان له مال ينفق منه على الدابة ، وأصر المالك على الإمتناع عن الإتفاق ، فإن القاضى يجبره على واحد من ثلاثة ، إما علفه ، أو بيعه ، أو تركه يذهب إلى مكان آخر يجد فيه ما يأكله ، إن كان الحيوان غير مأكول للحم ، وإن كان مأكول للحم زاد عليه أو أن يذبحه .

وللقاضى إذا امتنع عن ذلك أن يجبره على البيع من ماله للنفقة على الحيوان ، فإن امتنع عن البيع للقاضى أن يبيع من ماله جبرا عنه لينفق على الحيوان ، فيجبر

---

(1) يراجع : حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 2 / 687 ، شرح فتح القدير 4 / 427 بدائع الصنائع 4 / 57 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 2 / 522 ، بلغة السالك 1 / 487 ، 488 حشوية التجيرمى 4 / 459 ، مغنى المحتاج 3 / 587 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4 / 93 المغنى 11 / 317 ، كشاف القناع 5 / 492 ، 493 ، المحلى 9 / 261 - 263 ، البحر الزخار 4 / 283 ، نسيب الحرار 2 / 454 ، نيل الأوطار 7 / 8 ، سبل السلام 3 / 458 ، شرح كتاب النيل 13 / 622 ، 11 / 11 ، الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 319 ، 320 .



قضاء وديانة ولأن في تركه الإتفاق على الحيوان تعذيراً له وتضييعاً للمال ، ونهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك .

فإذا لم يكن للمالك مال ينفق منه على الدابة ، أكرها عليه ... أي أكرها ... إن أمكن كراؤها ، وينفق عليها من أجره كراءها .

وإن لم يمكن كرائها : باعها لقاضى ، لأن ترك الإتفاق ظلم ، والظلم يجب رفعه وإزالته ، فإن أبى فعل الحاكم الأصلح <sup>(1)</sup> .

القول الثانى : ذهب إليه أبو حنيفة - أنه لا يجبر المالك قضاء على النفقة على البهائم عند امتناعه ، ولكن يقتى فيما بينه وبين الله أي ديانته أن ينفق عليها ويؤمر على طريق الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولكن يكره كراهة تحريرية تركه الإتفاق لتضييع المال ، لأن الجبر يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر <sup>(2)</sup> .

والحق ما عليه الجمهور من أنه يجبر على الإتفاق على بهائمه عند الامتناع ، ويتصور فيه دعوى حسبة <sup>(3)</sup> فيجبره القاضى على ترك الولوجب .

---

(1) يرجع : شرح فتح القدير 4/ 427 ، 428 ، مختصر اختلاف العلماء للطحاوى 3 / 407 ، بدائع الصنائع 4 / 57 ، 58 ، للشرح الكبير وحاشية النسوى 2 / 522 ، الإقناع بهامش حاشية البجيرمى 4 / 461 ، الميزان الكبرى الشعرانية 2/ 195 ، مغنى المحتاج 3/ 590 ، 591 المغنى 11/ 319 ، كشف القناع 5/ 494 ، 495 ، للقواعد لابن رجب 32 ، للمطى 9 / 264 ، 265 ، البحر الزخار 4/ 283 ، 284 ، السيل الجرار 2/ 454 ، نيل الأوطار 7/ 8 ، شرح كتاب تنزيل 13/ 622 ، 14/ 11 الفقه الإسلامى للزحلى 7/ 764 ، الأحوال الشخصية - د / مصطفى السباعى 1/ 323 .

(2) يرجع : بدائع الصنائع 4/ 57 ، 58 ، شرح فتح القدير وشرح للحناية 4/ 427 ، 428 ، الاختيار 3 / 171 .

(3) الحسبة هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله . يرجع : السياسة الشرعية د / عبد الله القاضى 598 .

وكذلك إذا امتنع عن الإنفاق على الجمادات من دور وعقارات ، أو على البنات من زروع وثمار فإنه يجبر على الإنفاق لما فيه من تضييع للمال ما لم يكن في الترك مصلحة (1) .

وقيل : لا يجبر قضاء ولا يفتي بالوجوب ديانته ما لم يكن هناك تضييع للمال فيكره (2) .

---

(1) تراجع : شرح فتح القدير 4 / 427 ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي 2 / 522 ، مغني المحتاج 3 / 590 ، المغني 11 / 319 ، المعنى 9 / 264 ، السيل الجرار 2 / 454 ، النيل 13 / 622 . نيل مؤخر 7 / 8 .

(2) تراجع : بدائع الصنائع 4 / 57 ، الاختيار 3 / 171 .

## الفرع الثانى تملك من تجب له النفقة جبرا عمن تلزمه عند امتناعه في القانون الوضعي

تمهيد :

نظرا لابتعاد كثير من الناس عن الإسلام وتعاليمه السمحة التى حثت على البر والإحسان أن ازدادت دعاوى النفقات ، فتجد الإبن أو الزوج رغم يسار حالهما لا يقومان بواجباتهما تجاه آبائهم وأزواجهم وزويهم من حيث الإنفاق عليهم مما يضطر صاحب الحق إلى طلب فرض النفقة من القضاء ، ويجبره القاضى على دفع النفقة الواجبة عليه ويملكها مستحقها جبرا عنه ، وهذا ما سأوضحه فيما يلى :

### أولا : امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته وكيفية تملكها للنفقة الواجبة لها جبرا عنه :

لقد أعطى القانون الوضعى للزوج الحق فى تولى الإنفاق على زوجته كما هى العادة، ولا يلتزم بدفع نفقة لها إلا إذا امتنع عن الإنفاق وثبت نقصيره .

فإذا أدى الزوج ما وجب عليه من النفقة لزوجته سقط عنه هذا الواجب ، ولا يحق لزوجته أن تخالف ضميرها وتطالب بالإنفاق عليها وتدعى أنه لا ينفق عليها وإذا حصل هذا ورفعت الأمر إلى القضاء ، فعلى القاضى أن يتحرى الحقيقة، فإن ظهر صدقها حكم لها بالنفقة ، ولألزم للزوج بها ، وإن ظهر كذبها رفض دعواها ، ونصحها أن تعيش مع زوجها فى سلام .

فلذلك إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فيجوز لها أن ترفع الأمر إلى القضاء وعلى القاضى الذى ينظر الدعوى أن يطالبها بالبينة .

فإذا ثبت ذلك لدى القاضى ، وكان الزوج موسرا له مال ظاهر ممتنع عن الإنفاق حقا باع القاضى من هذا المال للظاهر ما يفي بنفقة الزوجة ، وأعطى الثمن لها لتتفق منه على نفسها .

وإن لم يكن له مال ظاهر ولكنه موسر ، فإن أرادت الزوجة حبسه، لاجلها القاضى إلى طلبها ، وحكم على زوجها بالحبس مدة يراها زاجرة له عن ظلمه ومماطلته ولاشك أن هذا أمر يختلف باختلاف الناس ، وما عليه العمل الآن فى المحاكم المصرية ، أن الحبس للزوج الموسر الذى حكم عليه بالنفقة ولزم بالأداء ولكنه امتنع عنه لا تريد عن ثلاثين يوما ، وإذا نفذ الحبس فعلا فلا يسقط عنه الحق الواجب عليه للزوجة ، ولها أن تحصل على حقها عنده بكافة طرق التنفيذ الاعتيادية ، وليس لها الحق فى المطالبة بحبس الزوج مرة أخرى فى الدين نفسه<sup>(1)</sup> كما نصت على ذلك المادة 347 من القانون 78 لسنة 1931 الخاص بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

فإذا كان الزوج معسرا غير قادر على دفع النفقة : فلا يكون ظالما لها ، ومن ثم فلا يحبس الزوج إلا بتوافر شرطان :

- 1- أن تكون النفقة مقدرة ويمتنع عن دفعها مدة حتى تصير دينا عليه .
- 2- أن يكون الزوج موسرا قادرا على دفعها لزوجته ولكنه يماطلها قاصدا الإضرار بها .

فالحبس جائز فى دين النفقة ، وهو وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بدينونه الممتنع عن الوفاء تعنتا ، وأيضا : الحبس لا يعفيه من تنفيذ الحكم بطريق الحجز على ماله ، فالحبس ليس إلا إكراها بديلا غير مبرر للزمة ، فهو سبب للامتناع عن دفع النفقة وليس عوضا عن المبالغ المحبوس من أجلها . فلو ظهر بعد الحكم بالحبس أن المحكوم عليه معسرا فيوقف تنفيذ حكم الحبس ويفرج عنه فى الحال ما لم يكن محبوسا لسبب آخر<sup>(2)</sup> .

(1) يراجع : موسوعة الأحوال الشخصية . معرض عبد التواب 243 ، 244 . الفروع الموسوعية فى دعوى النفقات د / مأمون محمد أبو سيف 148 ، 149 ط : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن أكتفه 'أحوال شخصية' : محمد حامد قمحوى 734 .

(2) يراجع : الوسيط د / عبد الرزاق السنهورى 2 / 802 وما بعدها ، موسوعة الأحوال الشخصية معرض عبد التواب 244 . الموجز فى النظرية العامة د / السنهورى 432 .

فإذا أصر الزوج بنفقة زوجته أو امتنع عن الإنفاق بعد أمر القاضى بالأداء إليها ولم يكن عنده مال ظاهر يستطيع للقاضى أن يأمر بالتنفيذ بالنفقة فيه ، فيطلق عليه القاضى فى الحال بدون إسهال متى طلبت للزوجة للتطليق .

فأما إذا كان للزوج غائبا غيبة قربية وله مال ظاهر : نفذ القاضى الحكم عليه بالنفقة ببيع ماله للإنفاق على زوجته ، ولقد أجاز القانون المصرى للزوجة أن تثبت مال زوجها الغائب إن كان ديناً أو ودیعة عند أحد ، وإثبات عقاره أيضاً للحصول على نفقتها .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر وكان معلوم المكان أخره القاضى وأرسل إليه بطلب الإنفاق على زوجته ، ويضرب له مهلة شهر بذلك ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للإنفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل إذا طلبت للزوجة للتطليق ، وإن كان مجهول المكان أو بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو مفقوداً ، أو مسجوناً ، فإن ثبت أن لا مال له تنفق منه للزوجة ، طلق عليه القاضى بعد طلبها <sup>(1)</sup> .

### نفقة المدة الماضية فى حكم القانون 100 لسنة 1985م :

كانت المحاكم الشرعية جارية فيما يختص بنفقة الزوجة عن مدة ماضية على أمرين:

- 1- قبل فرض النفقة بالتراضى أو بالقضاء تسقط بمضى شهر ولا نصير ديناً .
- 2- بعد فرضها بالقضاء أو بالتراضى نصير ديناً ضعيفاً وتسقط بالموت أو بالنشوز ما لم تستدين بإذن القاضى أو الزوج .

واستمر ذلك إلى أن روى أن فيه غيباً بالمرأة وإجحافاً بحقوقها فصدر القانون رقم 25 لسنة 1929 ونص فى المادة الأولى على أن : " نفقة للزوجة نصير ديناً من وقت الامتناع بدون توقف على القضاء أو الرضا ، ولا تسقط بمضى شهر أو

---

(1) يراجع : موسوعة الأحوال الشخصية : م / معوض عبد التواب 262 وما بعدها ، أحكام الأحوال الشخصية محمد قماوى 612 ، 614 ، قانون الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 240 .

أكثر ولكن يتمتع سماع الدعوى بها بمضى خمس عشرة سنة ، ودين النفقة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فأصبح دين النفقة قويا لا يسقط بالموت ، ولا النشوز استدانت أم لا ؟

واستمر ذلك إلى أن روى أن فيه إرهاقا للزوج ، لأنه فتح الباب على مصراعية للمرأة ، وأصبح لها الحق أن تطالب بنفقة عنه مدة ماضية حدها الأقصى 15 سنة (خمس عشرة سنة) وصارت كلما قام بينها وبين زوجها نزاع وأرادت مكايته لجأت إلى القضاء لتدعى عليه بالنفقة عن مدة ماضية تبلغ سنين عديدة مع أنها كانت تعاشره وينفق عليها إلى ما قبل التقاضى بزمان يسير ، وفى هذا إرهاق للزوج .

فلجأ إلى حد وسط يكفى دفع الغبن والإجحاف عن المرأة ، ولا يوقع الزوج فى عنت وإرهاق فأبقى القانون 25 لسنة 1929 وزيدت على المادة 99 من القانون 78 لسنة 1931 الخاص بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية " لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهائيتها تاريخ رفع الدعوى " وأصبحت الزوجة لا تمكثها المطالبة للزوج بنفقة عن مدة ماضية على ثلاث سنوات ، ولا عن مدة مضى عليها ثلاث سنوات .

وذلك حتى لا تتراكم ديون النفقة ، ويسهل على القضاء حسم النزاع ، ولحث صاحب الحق أن يبلر إلى المطالبة به (1) .

### نظر دعوى النفقة على وجه السرعة :

نصت المادة الأولى من القانون رقم 62 لسنة 1976 الخاص بشأن تعديل بعض أحكام النفقات على أن : " تنتظر الدعاوى المتعلقة بنفقة الزوجة أو المطلقة أو الأبناء

---

(1) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية محمد قحماوى 360 ، 361 ، أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية / أنور العمروسى 375 - 378 ، موسوعة الأحوال الشخصية م / معوض عبد التواب 545 ، 546 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 40 لسنة 54 نقض مننى جلسة 5/26/1987 .

أو الولدين على وجه الاستعجال ، ولطالب النفقة أن يستصدر أمرا من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية له .

فلقد قرر المشرع الوضعى ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على القاضى أن يفرض للزوجة ولصغارها فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة لحاجتها الضرورية بحكم غير مسبب ولجب النفاذ .

ويرجع السبب فى ذلك : ألا تترك للزوجة مدة قد يطول فيها التقاضى دون أن يكون لها مورد تعيش منه ، فكان من واجبات القاضى أن يبادر إلى تقرير نفقة مؤقتة بالمقدار الذى يفي بحاجتها الضرورية .

ولقد كان النفاذ المعجل <sup>(1)</sup> جوازيا ، مع أن نص المادة 887 مرافعات من القانون 77 لسنة 1949 لازالت سارية يقضى بأن النفاذ المعجل بغير كفالة ولجب بقوة القانون بكل حكم صادر بالنفقة أو بأجرة الحضانة .....

وبصنور القانون 62 لسنة 1976 أصبح النفاذ المعجل ولجب بقوة القانون لأحكام النفقة أو بأجرة الحضانة أو المسكن للزوجة أو المطلقة أو الإبناء أو الولدين ( المادة الأولى ) وتتص المادة 65 من القانون 1 لسنة 2000م على أن : " الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة " <sup>(2)</sup> .

---

(1) النفاذ : المعجل هو : ميزة يمنحها القانون للمحكوم له لتنفيذ الحكم الابتدائى قبل أن تستقر حججه أى قبل انتهاء ميعاد الطعن فيه بالاستئناف ، والحكمة منه : القضاء على المحاولات التسوية التى قد يقوم بها المحكوم عليه لتأخير التنفيذ . يراجع : لوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف 141 ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح 138 .

(2) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية / محمد فمحلوى 349 ، 637 ، 649 ، 662 ، 663 ، 693 ، 701 ، موسوعة الأحوال الشخصية / معوض عبد التواب 439 ، 530 ، أصول المرافعات الشرعية م/ أنور العمروسى 1022 ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . د / أحمد أبو الرفا 88 . وقواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 145 ، لوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف 152 هامش 2 نص الصفحة ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 3780 لسنة 43 نقض مدنى جلسة 1987/3/1م .

وتنص المادة 69 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أن : " التنفيذ يجرى بمعرفة المحضرين أوجهه الإدارة فيجوز لكل من كان بيده حكم صادر من محكمة شرعية أصدرته وهي تملك هذا الاختصاص أن يطلب تنفيذه بالطرق الإدارية تحت مسئوليته وذلك بأن يقدم إلى الجهات المبينة فيما بعد طلبا محررا على الاستمارة الخاصة بذلك ، ويبدأ بالتنفيذ على النقود الموجودة عينا ، ثم على المنقولات ، ثم على العقار في حالة عدم وجود منقولات " ، بمراعاة المشرع هذا الترتيب خفف من الضرر بالمدين ولم يلحق غنا بالدائن ، ويجب على الجهة التي يئاط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها ، وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك (1) .

لذلك نصت المادة الثالثة من القانون 62 لسنة 1976 ، والمادة 72 من القانون 1 لسنة 2000 " على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات المستحقة للزوجة أو الأبناء أو الوالدين أو الأجور وما فى حكمها مما يحكم به متى طلب المحكوم له ذلك من أحد فروعه أو من الوحدة التابعة لوزارة الشؤون الاجتماعية التى يحول إليها البنك المبالغ المحكوم بها .

على أن تقوم الوزارات والمصالح والهيئات بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها لحساب بنك ناصر ( مادة 7 من القانون 62 لسنة 1976 المادة 73 من القانون 1 لسنة 2000 ) (2) .

أما إذا لم يكن المحكوم عليه من ذوى المرتبات أو الأجور والمعاشات وما فى حكمها وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم به خزانة البنك - بنك ناصر - أو أحد

---

(1) يراجع : أصول المرافعات الشرعية م / أنور العمروسى 1025 ، 1026 ، قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 1 لسنة 2000 إبراهيم فايد ص 29 .

(2) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية محمد قمحوى 694 ، أصول المرافعات الشرعية أنور العمروسى ص 1060 .



فروعه أو وحدة الشؤون الاجتماعية التي يقع محل إقامته في دائرة أى منهما في الأسبوع الأول من كل شهر متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء .

( المادة الخامسة من القانون 62 لسنة 76 ، والمادة 74 من القانون 1 لسنة 2000 )

واستثناء مما تقررره القوانين في شأن قواعد الحجز على المرتبات والمعاشات والأجور وما في حكمها يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجرة حضانة .... في حدود النسب الآتية :

25 % للزوجة الواحدة ، 40 % أكثر من زوجة ، 25 % للوالدين أو أيهما .

35 % للوالدين فأكثر ، 40 % للزوجة ووالدين ، 50 % للزوجة وأكثر من

ولدين والوالدين ، وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسيئة التي يجوز حجزها عن 50 % أيًا كان دين النفقة المحجوز من أجله ، وتقسم هذه النسبة بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم ( المادة الرابعة من القانون 62 لسنة 1976 ، والمعدلة بالمادة 76 من القانون 1 لسنة 2000 ) .

ولدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى<sup>(1)</sup> ، ولذلك نصت المادة 8 من القانون 62 لسنة 1976 ، والمعدلة بالمادة 77 من القانون 1 لسنة 2000 على أنه : " عند التراوح بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة ثم الوالدين ثم الأقارب ، ثم الديون الأخرى ( .

---

(1) يراجع : موسوعة الأحوال الشخصية معوض عبد التواب 537 ، أحكام الأحوال الشخصية محمد

قبحاوي 694 ، أصول تماريعات الشرعية أنور العمروسي 1055 .

## ثانيا : امتناع القريب عن الإنفاق على قريبه من أصوله أو فروعه أو ذى رحمه المحارم وكيفية تملكه للنفقة الواجبة له جبرا عن تلزمه :

لقد أعطى القانون الوضعى الحق لمن وجبت له نفقة من الفروع أو الأصول أو الأقارب من ذى الرحم المحارم الوارثين إذا لم يقم من وجبت عليه النفقة بالإنفاق ، أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وعلى القاضى الذى ينظر الدعوى أن يثبت من توافر الشروط الواجبة للإنفاق وامتناع القريب الواجب عليه الإنفاق تعنتا ومماطلة فإن ثبت ذلك لدية أمره بالإنفاق ، فإن امتنع وكان له مال ظاهر باع القاضى من ماله جبرا عنه ، وأعطى مستحق النفقة ما ينفق به على نفسه ، ولما إذا كان موسرا ولم يكن له مال ظاهر، حكم بحبسه ولا تزيد مدته عن ثلاثين يوما ، ومع ذلك لا يمنع الحبس من التنفيذ على ما يظهر من ماله بكافة الطرق الإعتيادية من الحجز على المنقول لدية ، أو لدى الغير ، أو الحجز على العقار ، وإن كان معسرا فلا يحبس<sup>(1)</sup>.

ولقد نصت المادة 347 من القانون 87 لسنة 1931 الخاص بثلاثة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه " إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو أجرة للحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائلتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله ، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية " .

---

(1) يراجع : شومز فى النظرية العامة للائتمارات د / السهورى 431 ، أصول المرافعات الشرعية أنور العمروسى 252 ، أحكام الأحوال الشخصية محمد قحماوى 361 ، 411 ، 472 ، 487 ، 686 ، 734 ، الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 622 .

ويصنور القانون رقم 1 لسنة 2000 والذي بدأ العمل به في 1/3/2000 لم يكن متضمنا دعوى الحبس التي كان متوصفا عليها في المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

حيث كان مشروع قانون إجراءات التقاضي رقم 1 لسنة 2000 وفي المادة 77 ينص على دعوى الحبس ، وعند الاقتراع عليه بمجلس الشعب ، حذف المجلس هذه المادة اكتفاء بما ورد في المادة 293 عقوبات .

والتي تنص على " كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقربيه أو أوصهاره ..... وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ولقد أثار إلغاء دعوى الحبس مشاكل قانونية واجتماعية عدة ، إذ أن المشرع استحدث هذا القانون بقصد تيسير إجراءات التقاضي ، وفي العمل بالمادة 293 عقوبات إطالة لأمد التقاضي ، لذلك عدل المشرع واستحدث دعوى الحبس بإضافة نصيبين إلى القانون 1 لسنة 2000م بالقانون 91 لسنة 2000 هما المادة 9 بند 9 والمادة 76 مكرر ، والتي نصت الأخيرة على أنه : " إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر في دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي يجرى التنفيذ بدائرتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمتثل ، حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوما ، فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم ، فإنه يخلي سبيله وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادية (1) .

---

(1) يراجع : أصول المرافعات الشرعية م / أنور العمروسي 252 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 622 ، الصيغ القانونية للنقطة وطرق تنفيذها على ضوء القانون 1 لسنة 2000 والقانون 91 لسنة 2000

ونفقة الصغير لا تسقط بمضى المدة وتستحق من تاريخ الامتناع ، أما نفقة  
الأصول والحواشي فتسقط بمضى شهر ما لم يكن قد استدان بإذن القاضى فلا تسقط  
ولا تسمع عن مدة ماضية وما قيل فى نفقة للزوجة وامتناع الزوج ينطبق على  
الأقارب من نظر الدعوى على وجه السرعة ووجوب النفاذ للمعجل لأحكام النفقة ،  
وأن التنفيذ يجرى بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة ، وما يجوز للحجز عليه  
وفاء لدين النفقة ، وتقرير نفقة وقتية " فنحيل إليه لعدم التكرار .

---

=2000 ، أمانى السكرى ص73 وما بعدها ط : 2000م ، قانون العقوبات المصرى د / أحمد صبرى  
سعد ص 492 ، 493 ، الدار القومية للطباعة والنشر .

### الضرع الثالث

## الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تملك من تجب له النفقة جبرا عن تلزمه عند امتناعه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ( قانون الأحوال الشخصية )  
من هذه المسألة يتضح ما يأتى :

لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى كثير من الأحكام ولم لا وقد قلت  
أن قانون الأحوال الشخصية مستمد من أحكام للشرعية الإسلامية ومن المذاهب  
الفقهية المختلفة.

1 - فقد اتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا امتنع الزوج أو القريب عن الإنفاق  
رفعت الزوجة الأمر إلى القضاء ليجبره على الإنفاق أو يبيع القاضي من ماله  
ليعطى مستحق النفقة ما ينفق به على نفسه .

إلا أن القانون الوضعى لم يبح لمستحق النفقة إذا ظفر بجنس حقه من النفقة أن  
يأخذه بدون تقاضى بل لابد من رفع الأمر للقضاء ليتولى ذلك على خلاف ما ذهب  
إليه الفقه الإسلامى من جواز ذلك .

وذلك لوجود دولة القانون فى كل المجتمعات وأن الإنسان لا يستطيع أن يقتصر  
لنفسه بل لابد من الرفع للقضاء .

2 - وكذلك اتفق القانون مع الفقه فى جواز الحبس للممتنع وأن ذلك لا يعفيه من  
التفويض على ماله منقولا ، أو عقارا للوفاء بدين النفقة .

3 - وكذلك اتفق القانون مع الفقه فى سقوط نفقة الإكارب بمضى شهر ما لم  
يستكين إلا أن القانون نص على سقوط نفقة الزوجة بمرور أكثر من ثلاث  
سنوات فى حين أن الفقه الإسلامى قال : لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء مهما  
امتد الزمن .

فلذا أرى أن لقانون الوضعى قد اتفق مع الفقه الإسلامى فى أغلب الأحكام وإن  
كليهما أباح التملك الجبرى ، حيث أجاز للزوجة والأقارب المستحقين للنفقة على  
قريبهم أن يملكوا قدر نفقتهم من ماله جبرا عنه عن طريق الالتجاء إلى القضاء  
ليجبره على الدفع أو يبيع من ماله ليعطى لهم قدر ما يستحقونه .

هذا والله أعلم ،،،

## الفصل الثاني

### التملك الجبرى عن طريق الأخذ بالشفعة

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الشفعة ومشروعيتها .

المبحث الثانى : شروط استحقاق الشفعة .

المبحث الثالث : من تثبت له الشفعة .

المبحث الرابع : كيفية التملك الجبرى بالشفعة .

## المبحث الأول

### تعريف الشفعة ومشروعيتها

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : تعريف الشفعة ومشروعيتها فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من تعريف الشفعة ومشروعيتها .

## المطلب الأول

### تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه الإسلامى

تمهيد :

تعد الشفعة أثراً من آثار عقد البيع ، لأنها ناتجة عنه ومرتبطة عليه ، وإن قال بعض الفقهاء أنها من أسباب الملك فإنها ليست سبباً اختيارياً بل تعد من نزع الملك جبراً عن صاحبه .

· فالشفعة نوع من العقود التي لا يشترط فيها توافق إرادة البائع والمشتري ، والتي تتم قهرا دون اعتبار لجانب الرضا من المشتري الأول فتعد من الحالات الاستثنائية التي أباح فيها الشارع الحكيم التملك من غير رضا من مالكة .  
فهى وسيلة من وسائل دفع الضرر التي تعطى الحق فى تملك المال المشفوع فيه من مالكة الجديد ولو جبرا بما قام عليه من الثمن والتكاليف عند تعارض المصلحتين وظهور أن المصلحة الأخرى أولى بالاعتبار والعناية .  
فالشفعة صورة من صور تملك مال للغير بغير رضاه تملكا طيبا لا خبث فيه وشرعا نعمة للإنسان ففيها حمايته من الأضرار المتوقعة بسبب سوء المشاركة أو الجوار ، ورحمته من معاملة من يضاده فى الطباع والأخلاق<sup>(1)</sup>.

وفيما يلى توضيح تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه الإسلامى على النحو التالى:

### أولا : تعريف الشفعة :

#### الشفعة فى اللغة :

الشفعة لغة مأخوذة من الشفع ، وهو الضم والزيادة ، ضد الوتر يقال : شفع الشيء شفعا : ضم مثله إليه وجمعه زوجا ، وشفعت الركعة : جعلتها ثنتين ، فتقول : كان وترا فشفعته شفعا.

والشفيع : صاحب الشفاعة ، وهو من له أن يأخذ العقار بالشفعة جبرا ، فيضم العقار المبيع إلى ملكه ويملكه بهذا الحق ويضمه إلى نصيبه بعد أن كان منفردا فى ملكه .

(1) يراجع : مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 من 58 السنة الحادية عشر ( حق التملك د / حسين سمرة ) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة ص 150 ، نزاع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون د / سعد محمد خليل ص 78 ط : دار السلام المطبعة الأولى 1993م



والشفعة من شفع بمعنى زاد ، ومنه شاة شافع : إذا كان معها ولدها ، لأنه زادها فالشفيع بشفعته يزيد ملكه بسبب الشفعة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها ..... ﴾ (1) .

أى من يزيد عملا إلى عمل (2) .

وتطلق الشفعة على الإعانة والتقوية ، فيقال : شفع فلان لفلان فى كذا : أى طلب الإعانة له عليه .

وتستعمل بمعنى الملك المشفوع أو التملك ، فهى تعطى الحق فى تملك العقار جبرا على مشتريه بشروطه التى وضعها الفقهاء (3) .  
الشفعة شرعا :

لقد اختلفت تعاريف الفقهاء للشفعة تبعا لاختلافهم فى بعض الأحكام المتعلقة بها عندهم وذلك على النحو التالى :

فلقد عرفها الحنفية بأنها : حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار .

وقيل : تملك البقعة المشترأة بمثل الثمن الذى قام على المشتري .

والتعريف الأول عندهم أصبح حيث إن حقيقة الشفعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك (4) .

وعرفها المالكية بأنها :

استحقاق شريك أخذ ما علوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة (5) .

---

(1) جزء من الآية رقم 85 من سورة النساء .

(2) يراجع : أحكام القرآن لابن العربي 1 / 587 .

(3) يراجع : لسان العرب لابن منظور 8 / 183 باب العيز فصل الشين وما بعدها ط : دار صادر بيروت ، المصباح المنير للفيومي 191 ، المعجم الوسيط 512 ، 513 .

(4) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 160 ، ط : دار المعرفة ، تكملة شرح فتح القدير 9 / 369 . مجمع الأنهر 2 / 472 ، ط : دار إحياء التراث العربى ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى 5 / 239 ط : دار المعرفة .

(5) يراجع : شرح حدود ابن عرفة 2 / 474 ، الشرح الصغير . بهامش بلغة للمالك 2 / 209 . 210 .

والمراد بالاستحقاق : طلب الشريك أخذ مبيع شريكه أو عدمه ، وليس المراد منه رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله <sup>(1)</sup> .

وعرفها الشافعية بأنها :

حق تملك قهرى يثبت للشريك للقديم على الحادث فيما ملك بعوض <sup>(2)</sup> .

وعرفها الحنابلة بأنها :

استحقاق شريك انتزاع حصة شريكه المنقلة عنه من يد من انتقلت إليه <sup>(3)</sup> .

أما الظاهرية فلقد جاءت الشفعة عندهم مطلقة ولم يضعوا لها تعريفا محددا ، فقالوا : "الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا من أي شيء كان مما ينقسم ومالا ينقسم" <sup>(4)</sup> .

وعرفها الزيدية بأنها :

أخذ الشريك الجزء الذي باعه شريكه من المشتري بما اشتراه به .

أو هي : انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى <sup>(5)</sup> .

وعرفها الإمامية بأنها :

استحقاق أحد للشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع على أن يملكها المشتري رضئ أو لم يرض ، أو هي : استحقاق الشريك للمخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل منه أو قيمته <sup>(1)</sup> .

---

(1) تراجع : بلفظ المالك لأقرب الممالك إلى مذهب مالك للصاوي 2 / 210 .

(2) تراجع : شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري بهامش حاشية الجمل 3 / 498 ط : دار الفكر أسنى المطالب 2 / 363 ، حاشية قليوب 3 / 42 ، منى المحتاج 2 / 400 .

(3) تراجع : المغنى لابن قدامة 7 / 142 ط : دار الحديث ، كشف القناع 4 / 134 ، العدة 275 شرح الزركشي على مختصر الخرقي 4 / 185 ، الإصناف للمردوي 6 / 250 ط : دار إحياء التراث - بيروت .

(4) تراجع : المحلى لابن حزم 8 / 3 ، مسألة رقم 1595 ط : المكتبة التجارية - دار الفكر - بيروت .

(5) تراجع : الروض للنضير 3 / 337 ، البحر الزخار 3 / 396 ، نيل الأوطار 5 / 396 .

## وعرفها الإباضية بأنها :

أخذ الشريك الشفعة المشتري بالثمن الذي وقع فيه المبتاع أو بقيمة ما به للشراء إن لم يكن له مثل<sup>(2)</sup>.

## نظرة في التعاريف :

بالنظر في تعاريف الشفعة السابقة عند الفقهاء لوحظ ما يأتي :

أ - أن تعريف الحنفية للشفعة أثبت الشفعة للجار بمنطوق<sup>(3)</sup> التعريف ، وثبت للشريك بالمفهوم ، لأن اتصال الشريك أقوى من اتصال الجار ، فإذا ثبتت الشفعة للجار فإنها تثبت للشريك من باب أولى .

أما بقية التعاريف في المذاهب الأخرى ، فقد قصرت الشفعة على الشريك لعدم وجود دليل صحيح عندهم يفيد ثبوتها للجار كما سيتضح ذلك عند الحديث في المبحث الثالث عن من تثبت له الشفعة .

ب- لقد أثبت تعريف الحنفية ، والمالكية للشفعة أن محلها العقار ، وأن العلة هي دفع الضرر من الجوار أو الشركة .

أما تعريف الشافعية والحنابلة في ظاهره يشمل العقار والمنقول ، إلا أنهم لا يرون للشفعة إلا في العقار وما في حكمه ، كما سيتضح ذلك في المبحث الثاني عند الحديث عن شروط الأخذ بالشفعة فلذا تعريفهما غير مانع .

بينما للظاهرية والليزية ، والإمامية ، والإباضية ، يرون الشفعة في كل شيء عقارا أو منقولا .

---

(1) يراجع : شرائع الإسلام للحلي 3/ 253 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4/ 123 .

(2) يراجع : شرح كتاب التلخيص وشفاء الغليل لأطروش 11/ 320 / 321 .

(3) المنطوق هو : ما دل عليه اللفظ في محل النطق : أي يكون حكما للمذكور وحالا من أحواله .

يراجع : الإحكام في أصول الأحكام للأمدى 3/ 66 ، إرشاد الفحول للشوكاني 2/ 519 .

فألذين يرون ثبوت الشفعة للشريك صاغوا تعاريفهم بناءً عليه وهم جمهور الفقهاء والذين لم يرو حصر الشفعة فى الشريك تأثروا بذلك فصاغوا التعريف بما يتناسب ووجهة نظرهم وهم الحنفية .

ج - وجملته التعاريف تنهيد أن الشفعة حق للشريك أو للجار بهذا الحق بتملك الشريك أو الجار العقار ممن انتقل إليه بمعاوضته قهراً عنه إذا دفع الثمن أو القيمة، وسمى هذا الحق بالشفعة وصاحبه بالشفيع والحصة المبيعة بالمشفوع فيه ، وحصة الشفيع بالمشفوع به .

وبناء على ذلك أرى أن التعريف المختار للشفعة هو : " استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه بعوض مالى بثمنه الذى استقر عليه العقد وتكاليفه من رسم تسجيل ونفقات (1) .

### ثانياً : مشروعية الشفعة :

لقد ذهب جمهور العلماء من السلف والخلف إلى مشروعية الشفعة وإباحتها ، وأنها حق اختياري للشفيع له أن يطالب به ، وإن كان البعض قد ذهب إلى عدم مشروعيتها فإن هذا شاز ينزل منزلة العدم (2) وسيوضح ذلك فى مشروعيتها بالإجماع :

---

(1) يراجع : الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 265 ، الشفعة بين الشريعة والقانون ، د/ حسن صجوة 14 وما بعدها ط : 1405 هـ ، بحث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / محمد سليمان الأشقر ، د/ ماجد محمد أبو رجنة 2 / 500 وما بعدها .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 6 / 5 ، تكملة شرح فتح القدير 9 / 370 ، الاختيار لتعليل المختار للموصلى 2 / 63 ، طبعة قطاع المعاهد الأزهرية 1420 هـ ، المنتقى 6 / 199 ، مسالك للدلالة 259 المعونة 2 / 227 ، البيان المعراني 7 / 97 ، الحاوى الكبير للملورى 9 / 4 ، أسنى المطالب 2 / 363 . حثنية للجبرمى 3 / 539 ، المغنى 7 / 142 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 185 ، المحلى 8 / 3 ، السيل للجرار 3 / 169 ، البحر الزخار 5 / 4 ، الروضة للننية 2 / 127 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 123 ، شرح كتاب النيل 11 / 322 .

## ولقد ثبتت مشروعية الشفعة بالسنة ، والإجماع : من السنة :

وربت لأحاديث كثيرة متعددة تدل على مشروعية الشفعة منها ما يلي :

- 1- ما روى عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنه - قال : " قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فى الشفعة فى كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" (1).
- 2- ما روى عن جابر - رضى الله عنه - أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قضى بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة (2) أو حائط (3) لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكة فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به " (4).
- 3- ما روى عن جابر - رضى الله عنه - قال : قال النبى - صلى الله عليه وسلم - " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا" (5).

---

(1) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب الشفعة 9/ 313 ح / 2257 ، ط : مكتبة الكليات الأزهرية ، أبو داود فى كتاب البيوع باب النفقة 3/ 284 ح / 3514 ، والترمذى فى الشفعة 3/ 652 ، 653 ح : 1370 ، ط : دار إحياء التراث العربى ، النسائى فى الشفعة 7/ 321 ، وابن ماجه 2/ 834 ، 835 ح / 2499 ، وأحمد فى المسند 3/ 399 ، وابن حبان 7/ 310 ح / 5161 ، 5162 .

(2) للربعة : الدار والمسكن : فربع - وهو المنزل الذى ينزلون فيه فى زمن الربيع ، والربيع : الدار وما حول الدار والمنزل والحقى .

يراجع : مختار الصحاح 121 ، المصباح المنير 132 ، المعجم الوسيط 348 ، 349 ، نيل الأوطار 5/ 398 ، شرح النووي على صحيح مسلم 11/ 223 .

(3) الحائط : الجدار ، والبستان : جمع : حيطان وحوايط ، والبستان : جديده فيها نخيل ، أو حائط فيه نخيل متفرقة يمكن الزراعة بيلهما ، جمع بساتين ، وإن كانت الأشجار ملتفة لا يمكن الزراعة بينهما فهى : الحديقة . يراجع : المصباح المنير 97 ، المعجم الوسيط 75 ، 229 ، التعريفات للبرجاني 65 .

(4) الحديث صحيح أخرجه مسلم فى باب الشفعة 11/ 223 ، ح / 1608 ، أبو داود فى الشفعة 3/ 283 ، 284 ح / 3513 ، النسائى 7/ 320 ، أحمد فى المسند 5/ 326 ، وابن حبان فى صحيحه 7/ 308 ح / 5155 ، 5156 .

(5) الحديث أخرجه أبو داود فى باب الشفعة 3/ 284 ح / 3518 ، والترمذى 3/ 651 ح / 1369 ، وابن ماجه فى الشفعة 2/ 833 ح / 2494 ، وأحمد فى المسند 3/ 303 ، وقال : أبو عيسى حديث حسن صحيح ورجاله ثقات .

4 - ما روى عن سمرة بن جندب - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " جار الدار أحق بالدار من غيره " (1) .

5 - ما روى عن الشريد بن سويد (2) قال : قلت يا رسول الله : أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ، فقال " صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بسقيه (3) ما كان " (4) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث على مشروعية الشفعة :

تدل هذه الأحاديث وأمثالها على مشروعية الشفعة وأنها مباحة ، وأن هذا الحق ثابت في الشريعة الإسلامية للشفيع ، فلو لم تكن مشروعة ومباحة وحقا لطالبها ، ما صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يقضى بها ، وقضاء للنبي - صلى الله عليه وسلم - بها دليل على إباحتها وأنها حق للشفيع يحكم له بها إذا طلبها (5) .

من الإجماع

لقد ثبتت مشروعية الشفعة بالإجماع عند أهل العلم .

حيث قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط .

---

(1) الحديث : أخرجه أبو داود في الشفعة 3/ 284 ح / 3517 ، والترمذي 3/ 650 ح / 1368 وأحمد في المسند 8/ 5 ، وابن حبان وصححه 7/ 309 ح 5159 ، وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح .

(2) الشريد : هو أبو عمرو الشريد بن سويد التقي الحجازي الصحابي - رضى الله عنه - وهو الذي سماه الرسول - صلى الله عليه وسلم - الشريد ، بايع بيعة الرضوان ، روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في الشفعة ، وروى عن ابنه عمرو ، ويعقوب بن عاصم وغيرهما . تراجع : أسد الغابة في معرفة الصحابة 2/ 520 ، 521 رقم 2429 ، تهذيب الأسماء واللغات 1/ 233 .

(3) المصقب : القرب والمجاورة ، وقيل : الجار أحق بسقيه ، أي بقرية وفرض بالشفعة ، لأن المصقب ما قرب من الدار ويبرؤ بالمصاد المهمة والمعنى واحد ، فيقال : المصقب : أي المجاور بما يليه ويقرب منه . تراجع : مختار الصحاح 152 ، المصباح المنير 169 ، المعجم الوسيط 460 ، 543 ، نيل الأوطار 5/ 400 .

(4) للحديث الصحيح أخرجه البخاري في الشفعة 9/ 314 ح / 2258 ، وأبو داود في الشفعة 3/ 284 ح / 3516 ، والسنائي 7/ 320 ، وابن ماجه 2/ 834 ح / 2496 ، وأحمد في المسند 4/ 389 ، وابن حبان في صحيحه 7/ 309 ح / 5157 ، والحديث ورد عن البخاري وابن حبان وأحمد : عن أبي رافع بن الشريد .

(5) تراجع : شرح النووي على صحيح مسلم 11/ 223 ، نيل الأوطار 5/ 396 وما بعدها ، سبل السلام 3/ 154 ، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي د / حسن عجوة 20 ، 21 .

ولم يعلم في ثبوتها خلاف إلا ما روى عن جابر بن زيد <sup>(1)</sup> وأبو بكر الأصم <sup>(2)</sup> الذين قالوا بعدم إباحة الشفعة ، لأنها ليست حقا للشفيع أن يطالب به .

ولقد قال الأصم : في ثبوت الشفعة إضرار بأرباب الأملاك ، فالمشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا اتباعه لم يبعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك ، والله ينهى عن لكل أموال الناس بالباطل ، والرسول - صلى الله عليه وسلم - ينهى عن أخذ مال الغير بغير رضا ، والشفعة ليس فيها رضا .

وبجواب عن ذلك : بأنه لا عبرة بقول من خلاف الإجماع لأنه وجد بعده ، وقيل : لعل ذلك لم يصح عن جابر ، وقيل : لا عبرة بقول الأصم فإنه عن الحق أصم <sup>(3)</sup> .  
وأىضا : الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء ، وإذا لحقه بذلك مشقة فله أن يقاسم ويسقط استحقاق الشفعة .

وما روى في الشفعة وإن لم يكن متواترا ، أو أنه مخالف للأصول بأن من ملك شيئا بالشراء فلا يجوز لغيره أخذه ، هذا خلاف ما ثبت عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - ولا حجة في نظر مع حكم ثابت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والعمل به مستفيض يجعل الخبر كالمتواتر ، والمشتري يعاوض بما بذله فيحصل إليه ، ولا يستحل منه شيء بغير وجه حق ، لأنه واجب لدفع الضرر عن

---

(1) جابر بن زيد هو : أبو الشثاء جابر بن زيد الأزدي البصري ، التابعي ، اتفقوا على جللته وثوبقه وهو معهود من أئمة التابعين وقاتهم وله مذهب ينفرد به ، سمع ابن عباس ، وابن عمر ، وغيرهما ، وروى عنه عمرو بن دينار ، وقتادة ، وغيرهما ، توفي " رحمه الله تعالى " سنة 93 هـ وقيل سنة 103 هـ . يرجع : شذرات الذهب 1 / 101 ، البداية والنهاية 9 / 93 وما بعدها ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 148 ، 149 .

(2) أبو بكر الأصم : هو عبد الرحمن بن كيسان الأصم أبو بكر المعتزلي ، صاحب المقالات في الأصول كان من أفصح الناس وأورعهم وأفقههم ، وله تفسير عجيب ، ومن تلامذته إبراهيم بن إسماعيل بن عليه . توفي سنة 320 هـ ، وقال إمام الحرمين الجويني ، لا يمتد بالأصم في الإجماع والخلاف . يرجع : لسان الميزان للحافظ شهاب الدين ابن حجر العسقلاني 3 / 427 تهذيب الأسماء واللغات 2 / 572 .

(3) يرجع : تكملة المجموع للثانية للشيخ محمد المطيعي 14 / 302 ، المغني والشرح الكبير 5 / 460 دار الكتاب العربي .

نفسه ، فالحرية ليست مطلقة في الحصول على الأموال والتعاقدات بل هي مقيدة بمنع لحوق الضرر بالغير لقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا ضرر ولا ضرار" (1).

وأحاديث الشفعة مخصصة لعموم حديث " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه" (2).

والقول بمشروعية الشفعة فيه ملازمة لروح العدل والإنصاف برفع الضرر الذي قد يصيب الشريك أو الجار إذا لم يأخذ مبيع شريكه أو جاره بالشفعة (3).

### حكمة مشروعية الشفعة :

نظام الشفعة هو أحد النظم التشريعية التي يمتاز بها الفقه الإسلامى ، وهو نظام لابد منه إذ يمنع الكثير من الأضرار ، ويدفع غير قليل من الخصومات . فثبتت حق الشفعة للشفيع جبرا عن المالك يتفق مع أصول الشريعة وغايتها ، هذه الأصول التي تحتم رعاية المصلحة العامة لا رعاية مصلحة فرد بعينه ، فلذلك كان للشفيع أن يملك العقار المبيع جبرا عن اشتراه ، وإن كان الأصل في البيع والشراء رضا المتعاقدين لأن تملكه للعقار الذي اشتراه الأجنبى جبرا عنه يدفع عنه ما قد يتوقع من ضرر قد يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصا قد لا تؤمن عواقبه ، أو من ضرر يصيب الجار من جار جديد قد يكون غليظ القلب والطبع ودنى الخلق لا تؤمن شروره ، وهذا إلى ما يكسبه الشفيع بها من سعة فى سكنه أو

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص 173 .

(2) الحديث : سبق تخريجه ص 79 .

(3) برنج : المبسوط لسرخسى 90 / 14 ط : دار المعرفة ، بلغه السالك 2 / 210 ، البيان العمراى 7 / 99 ، تكملة المجموع الثانية للمطيمى 14 / 302 ، مغلى المحتاج 2 / 400 ، المغنى 7 / 142 143 ، ط : دار الحديث ، كتاف الفناع 4 / 134 ، المغلى 8 / 7 ، 8 ، الروض القنضير 3 / 337 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 123 ، شرح كتاب النبل 11 / 322 ، الإجماع لابن المنذر ص 95 ، رقم 509 ، نيل الأوطار 5 / 396 ، الشفعة بين الشريعة والقانون د / حسن عوجة 23 ، 24 .



أرضه تذهب بما كان فيه من عنت لضيق في مسكنه أو أرضه يذهب بما كان يحول دون الإحسان في استغلالها والاستفادة من ثمراتها .

والضرر يجب أن يزال وأن يجتنب ما أمكن لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " <sup>(1)</sup> وخاصة إذا كان يصيب الجار الذي أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإكرامه والإحسان إليه بقوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت " ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه " <sup>(2)</sup> فمن محاسن هذه الشريعة وعدلها ورودها بالشفعة حيث اقتضت حكمة الشارع رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ذلك ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به ، وقد يكون في الشراكة أو الجوار ضرر لقوله تعالى : ﴿ وإن كثيرا من الخطاء ليبغي بعضهم على بعض ..... ﴾ <sup>(3)</sup> .

فإذا أراد أحد الشريكين بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه الضرر ، ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل إلى حقه من الثمن .

فهذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول ومصالح العباد ، فلذا أجمع العلماء أن الشفعة شرعت لرفع الضرر أيا كان هذا الضرر سواء كان ناشئا عن الضرر اللاحق بالقسمة، أو الشراكة ، أو الجوار ، فالشفعة مشروعة لحكمة اتقاء الضرر الذي قد يحصل للشفيع إذا لم يأخذ المبيع بالشفعة ، ويكفى أن يكون هذا الضرر مضمونا أو محتملا ، ولا يشترط كونه محققا، لأنه لا يعلم من أمر

(1) الحديث سبق تخريجه ص 173 .

(2) الحديث أخرجه البخاري في إكرام الجار باب حفظ اللسان 23 / 98 ، 99 ح / 6475 ط : تنقيت الأثرية . مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان باب 19 لعل على إكرام الجار 2 / 214 ، 215 ح / 74 ط : دار المنار .

(3) جزء من الآية رقم 24 من سورة ص .

الشريك الجديد شيئاً ، ولو وجب ضرورة تحقق الضرر على الشفيع ، لسلب منه حقه وكلف ما ليس في وسعه ، ووقع في الضرر بالفعل .

فإذا كان الأصل عدم انتزاع الملك من صاحبه إلا برضاه لما فيه من الظلم والإضرار فأما ما لا يتضمن ظلماً ولا إضراراً بل مصلحة له بإعطائه الثمن فلشريكه رفع ضرر الشركة عنه .

فهذا مقتضى أصول الشريعة التي توجب المعاوضة للمصلحة الراجحة والحاجة، فإذا كان الأخذ بالشفعة يعد قيداً في حرية التصرف ويتناقى مع قاعدة الرضا في انتقال الملك ولكن استثناءً دعت إليه المصلحة .

وفي الشفعة تقليل للشبوع وجمع الأنصبة وإن لم يرض صاحب المال ، وتركه للمعاوضة لشريكه مع كونه قاصداً للبيع ظلم منه وإضرار بشريكه فلا يمكنه الشارع منه لأنه لا مصلحة له في ذلك إذ يعطى ما يرغب فيه من بدل .

فلذا كان ثبوت حق الشفعة للشفيع جبراً عن المالك يتفق مع أصول الشريعة وغايتها وليست على خلاف الأصل والقياس<sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : تبين الحقائق 5/ 239 ، تكملة شرح لمّح الكبير 9/ 369 ، المنتقى 6 / 199 ، حاشية البيهقي 3/ 539 ، مغنى المحتاج 2 / 400 ، المغنى 7 / 142 ، 143 ، كتابات القناع 4 / 135 ، المحلى 8 / 7 ، 8 ، البحر الزخار 5 / 4 ، الروض النضير 3 / 337 ، لروضة الندية 2 / 127 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 123 ، شرح كتاب النيل 11 / 337 ، إعلام الموقعين 2 / 138 - 141 ، شرح للنورى لصحيح مسلم 11 / 223 ، الشفعة بين الشريعة والقانون ، د / حسن عوجة 25 - 28 ، الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 266 ، 267 الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي د / محمد يوسف موسى 188 ط : دار الفكر العربى 1417 هـ

## المطلب الثاني

### تعريف الشفعة ومشروعيتها في القانون الوضعي

أولاً : تعريف الشفعة في القانون الوضعي :

لقد تناول المشرع الوضعي المصري تعريف الشفعة في المادة 935 من القانون المدني الحالي بأنها : " رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها ..... " (1).

فالشفعة قدرة أو سلطة تخول من يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر رغبته وإرادته في ذلك في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه .

وبذلك تنتهي الشفعة نتيجة هذا الحلول باكتساب ملكية المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبرا عن المشتري .

فمن تحقق فيه صفة الشفيع كما يحددها القانون ، ويعطى رغبته في الأخذ بالشفعة وتتوافر شروطها فيحل محل المشتري دون توقف على رضاه ، ويتملك العقار المبيع ويضمه إلى عقاره .

ولقد اتخذ القانون الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية كرخصة (2) إذا استعملها الشفيع ويسمى الأخذ بالشفعة ، شفيع ، والمشتري : بالمشفوع منه ، والعقار المبيع : بالمشفوع فيه ، وعقار الشفيع الذي يشفع بموجبه : المشفوع به .

---

(1) الرخصة لغة : التيسير في الأمر والتسهيل ، يقال : رخص المشرع لنا في كذا ترخيصاً ، وأرخص إرخاصاً : إذا يسره وسهله .. واصطلاحاً : اسم لما شرع متعلقاً بالعروض ، أى ما يستبيح بعذر مع قيام الدليل المحرم أو هو : الحكم الثابت على خلاص الدليل لعذر هو المشقة أو الحرج . يراجع : المصباح المنير 136 المعجم الوسيط 360 ، التمهيد للأبنوى 71 ط : مؤسسة الرسالة بيروت ، التحريفات للجرجاني 147 .

(2) يراجع : الوسيط د / المنهري 9 / 446 - 447 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطر 188 ، 189 . الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 515 ، للوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكي 386.

وبذلك يكون الشفيع قد أعطاه القانون مركزا قانونيا يفضل به على المشتري المشفوع فيه ويحل محله جبرا عنه .

### ثانيا : مدى مشروعية الشفعة فى القانون الوضعى :

تشريع الشفعة فى القانون الوضعى المصرى :

لقد كانت الشريعة الإسلامية هى المطبقة فى مصر طوال قرون عديدة ، وكانت تشمل ضمن ما تشمله أحكام الشفعة ، فبذلك كان المصدر الرسمى لتنظيم الشفعة هو أحكام الشريعة الإسلامية ، ولما تجزأت البلاد الإسلامية إلى حكومات وتفرقت شيئا وأحزابا لكل شعبة منهم حاكم أو أمير بعد أن كانت دولة إسلامية واحدة ، وأصاب مصر ما أصاب غيرها من دخول الاستعمار ، ورأى القائلون بالأمر إدخال القانون الفرنسى الديار المصرية ليحكم الناس بما يسمونه بالحقوق المدنية المعروفة فى الشريعة الإسلامية بالمعاملات<sup>(1)</sup>.

وكانت فيهم بقية صالحة رأوا فى حق الشفعة معنى ساميا يذكر الشخص دائما بما يجب عليه قبل أخيه حتى لا تمتد يده إلى الإضرار به ، فقرروه ضمن نصوص القانون المدنى وأخذوا أغلب نصوصه من مذهب أبى حنيفة - رحمه الله تعالى - الذى كان معمولا به فى مصر فى ذلك الوقت ، حتى يساير القاعدة القانونية التى توجب أن التشريع يكون مستمدا من دين الأمة وأخلاقها وعاداتها كى تستقر وتطمئن إليه النفوس .

وقد رأوا أن النصوص غير كافية وغير وافية بالغرض عندما تتلوت المحاكم المواد الخاصة بالشفعة ، ومن المنابع وضع قانون ينظم هذا الحق .

فخطا المشرع الوضعى المصرى أول خطوة لتنظيم الشفعة تنظيما تشريعا فسن قانونا خاصا بها استمده من الشريعة الإسلامية الغراء ، إلا فى بعض أحكام قليلة خرج عنها ، ورأى أنها لا تتنافى مع الشريعة الإسلامية عندما كثر التزوير

---

(1) يرجع : الملكية والحقوق المعينة د / محمد كامل مرسى 4 / 14 .

والاحتياط ، وضمن التفتين المدني المختلط والأهلى نصوصا تنظم الأخذ بالشفعة ، ولكنها كانت، غير كافية فكثر الخلاف بين المحاكم فى شأن تطبيقها .

مما دعا المشرع المصرى إلى سن قانون جديد خاص بالشفعة صدر به الأمر العالى فى 1900 / 3/ 26 للقضاء المختلط ، والأمر العالى فى 1901/3/23 للقضاء الأهلى .

ثم توحد القضاء فى البلاد فعادت النصوص إلى مكانها الطبيعى فى التفتين المدني الحالى ، وهذه النصوص الجديدة اعتمدت على نصوص الأمرين العاليتين الملغيين إلا أنها شملت تعديلات غير قليلة ، من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى خزانة المحكمة، وزيادة المواع والتوسع فى المسقطات ولقد نظمها المشرع المصرى فى المجموعة المدنية الحالية فى المواد من 935 - 948 وهذه النصوص قائمة وواجبة للتطبيق ، ومستمدة من أحكام الشفعة فى الفقه الإسلامى ، ويرجع إليه عند تفسير نصوصها أو عند عدم وجود نص أو عرف دون التقليد بمذهب معين .

ولقد ظهر خصوم لنظام الشفعة يذهب إلى إلغائها ، ولكنه لم يؤخذ بهذا الاتجاه بعد أن طعن فى دستورية أحكامها وقضى بدستوريتها .

ولكن يجب أن لا يغيب عن بال المحاكم أن الشفعة نظام استثنائى مقرر على خلاف الأصل بما تحدثه من قيود على حرية التعاقد، وعلى حق التصرف، وحق الملكية، مما يقتضى عدم التوسع فى تفسير نصوصها ، ويمكن الاستهداء بنصوص ومبادئ الشريعة باعتبارها المصدر التاريخى لنصوص الشفعة ، على أن يكون الحكم المستخلص من تلك المبادئ متفقا ومتسقا مع مبادئ القانون الوضعى المصرى الحالى ، وعند التعارض فيؤخذ بمبادئ القانون المدني المصرى<sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدني د / السنهورى 472 / 9 هامش ، 481 ، الوجيز فى أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 516 وما بعدها ، 520 هامش 1 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر البطار 189 - 194 ، القانون المدني د / عبد المنعم الإبرولى 427 ، حق الملكية للمؤلف السابق 333 ، 334 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 14 ، مجموعة الأعمال التحضيرية-

### ثالثا : تكييف الشفعة فى ظل القانون الوضعي :

لقد قام فى الفقه القانوني المصري جدل مشهور حول تكييف الشفعة هل هى حق عيني (1) أو حق شخصي (2) ؟

فذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الشفعة حق عيني ، لأنه يتولد عن حق ملكية العقار المشفوع به ، وينصب على العقار المشفوع فيه .

وذهب آخرون إلى أن الشفعة حق شخصي ، لاتصاله بشخص الشفيع لا على معنى حق الدائنية (3)، وثم لتجاه ثالث يرى أن الشفعة رخصة وليست حقا عينيا ولاحقا شخصيا ، كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري بنصه فى التقنين المدني الحالي على أن الشفعة رخصة .... لأنها سبب من أسباب كسب الملكية ، فهى رخصة أى خيار للشفيع له أن يستعمله أو لا يستعمله ومن ثم فلا يكره عليه (4) .

---

6/ 343 ، 344 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 388 وما بعدها ، أحكام الشفعة فى ضوء القضاء والفقه د / عبد الحميد الشواربي ص 7 ط : 1985 م .

(1) الحق العيني هو : سلطة مبثورة لشخص على شيء مادي يستلزم بمقتضاه الإستئثار بقيمة مالية معينة فيه ، ويتنوع إلى نوعين : حق عيني أصلي ويشمل : الملكية ، والإنتفاع ، والاستعمال والسكنى ، والحكر ، والارتفاق ، وحق عيني تبعي ويشمل : الرهن الرسمي ، والرهن الحيازى ، وحق الاختصاص وحق الامتياز .

يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / المنهورى ص 2 ، المنخل للعلوم القانونية د / سليمان مرقس 326 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدرأوى 4 .

(2) الحق الشخصى هو : علاقة بين شخصين تخول لأحدهما وهو " اللائن " مطالبة الآخر وهو " المدين " بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . يراجع : الوسيط د ، المنهورى 8 / 182 نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقي ص 5 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 12 .

(3) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 25 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 387

(4) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 350 ، حق الملكية د / لاشين الغايتى 246 .

وذهب شيخ القانونيين د/ عبد الرزاق السنهوري إلى أن الشفعة في منزلة بين الرخصة والحق ، فهي ليست بحق عيني ولا بحق شخصي ، بل هي ليست بحق أصلا ، إنما هي سبب لكسب الحق ، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار .

والفرق واضح بين الحق نفسه ، وبين سبب من أسباب كسبه .

فالملكية حق عيني تكسب بالميراث ، والوصية ، والاستيلاء ، والشفعة ، وغير ذلك . ولم يتساءل أحد هل الميراث أو الوصية حق عيني أو حق شخصي ؟

وأیضا : الحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء وليس في الأخذ بالشفعة ما يخول الشفيع بعد أي تسلط مباشر على المبيع المشفوع فيه ، وإنما يخوله بإرادته المنفردة سلطة لاستبعاد المشتري والحلول محله .

فهناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة فمن كان شريكا مشتاعا ، أو جارا لمالك لعقار ، ويبيع الحصة الشائعة في العقار أو العقار المجاور للعقار الذي يملكه ، تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع أن يشفع بإرادته المنفردة في الحصة الشائعة أو في العقار المجاور ، وهذه هي الشفعة التي تخول للشفيع الحق والرخصة في أن يملك العقار المشفوع بإرادته المنفردة ، فهذه الرخصة تتولد بقيام هذا المركز القانوني ، ويتحول الحق في التملك إلى الحق في الملكية عن طريق حلول الشفيع محل المشتري ، فالشفعة تنبج الحق في التملك دون الحق في الملك حيث يتوصل بها إلى اكتساب حق الملكية بشروطها.

فالشفعة أعلى من الرخصة وأدنى من الحق ، فحق التملك رخصة ، وحق الملك حق وبينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك<sup>(1)</sup>.

وهذا الخلاف ليس له ثمره عملية ، لأن الشفيع بإرادته المنفردة قادر على إحداث الأثر القانوني دون التوقف على إرادة أخرى بتوافر الشروط وتتبع

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهوري 9 / 447 وما بعدها ، حق الملكية د / عبد المنعم البدر لوى 333 ،

الإجراءات، والمنازعات التي تكثر في الشفعة ليس اعتراضاً على كونها حق أو غيره ، أو حق الشفع في حله محل المشتري ، وإنما إنكاراً لعدم توافر شرط من شروطها أو عدم إتباع إجراء من إجراءاتها ، أو عدم الالتزام بالمواعيد المحددة ، أو قيام مانع من موانعها <sup>(1)</sup>.

### نطاق الشفعة :

لقد شرعت الشفعة لدفع الضرر عن الشفع سواء كان شريكاً أو جاراً ، وأيضاً الشفعة شرعت لمنع تجزئة العقارات إلى قطع صغيرة أو قسمتها واستحداث مرافق جديدة مع ما يترتب على ذلك من نفقات أو تكاليف يبيعها لغير الشريك أو الجار .  
وأيضاً بالشفعة يجمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع <sup>(2)</sup> إلى الرقبة .  
فالشريك أو الجار قد يتضرر من شريك أو جار غريب يشتري العقار ، وبالأخذ بالشفعة لن يضر البائع ، لأنه سيأخذ من الشفع ما كان سيأخذه من المشتري ، ولن يضر المشتري ، لأنه سيأخذ ما دفعه وإن أصابه ضرر فوات الصفقة عليه فضرر الشفع أشد وذلك بالتضييق عليه وإيذائه ، ورفع أعظم الضررين واجب ، وإن كان ضرر المشتري محققاً بفوات الصفقة ، وضرر الشفع محتملاً وقوعه ، إلا أن ضرر الشفع هو الغالب والأشد فيرفع قبل وقوعه وإلا تعذر رفعه بعد ذلك .  
وحيثما يبيع صاحب حق الانتفاع يستطيع مالك الرقبة بالشفعة أن يضم ما تفرق من حق الملكية ، وتؤدي إلى توسيع الملك وتحسينه ، وضم الأراضي المتداخلة في أرض الشفع وهذه الاعتبارات التي قامت عليها الشفعة شخصية بحيث تترك لتقدير الشفع إن شاء أخذ وإن شاء لم يأخذ .

(1) يرجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر لعنصر هامش 3 ص 189 ، الموجز في أحكام

القانون المدني د / حسن كيرة 524 وما بعدها .

(2) حق الانتفاع هو : حق عيني بخول لصاحبه الانتفاع بغير حياته على الأكثر بشيء أو بحق لغيره مع احتفاظه بعينه - أو رقبته أو ذاته - لصاحبه . يرجع : لوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود

جمال الدين زكي 586 .



ونظام الشفعة نظام استثنائي يمس حرية التعاقد ، لأنها تقيد حرية المالك وتجبر المشتري على التخلي عن العقار رغم إرادته وتؤدي إلى ظهور الملكيات الكبيرة وعدم الاستقرار بين الملاك بطول نظر النزاع أمام القضاء ، فلا تثبت للجار إلا إذا كان له حق ارتفاق على عقار جاره ، أو عليه ، وقيل : أن طول نظر النزاع أمام القضاء هو عيب في إجراءات التقاضي لا في الشفعة : لأن الشفع عليه أن يطالب بها خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار ، أو أربعة أشهر من تاريخ التسجيل. ومع القول بمشروعية الشفعة ينبغي عدم التوسع فيها ، وذلك بالتشدد في شروطها وإجراءاتها ، وهذه مسئولية المشرع الوضعي ، وعدم التوسع في تفسير أحكامها وهذه مسئولية القضاء (1) .

---

(1) يراجع : الوسيط في شرح القانون المدني د / السهوري 9 / 452 ، الموجز في أحكام القانون المدني د/ حسن كبره 516 ، 517 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطار 190 - 194 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كمال مرسى 4 / 18 / 19 ، القانون المدني د / عبد المنعم البدر أوى 427 ، الشفعة في ضوء أحداث الأراء وأحكام النقض والصيغ القانونية م / مصطفى مجدى هرجة ص 10 ط : دار الثقافة للطباعة والنشر القاهرة 1986م ، حق لمكية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامى والقانون المدني أ. د/ إثنين محمد يونس الغليتى ص 247 ط : 2004 / 2005م.



## المطلب الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

#### من تعريف الشفعة ومشروعيتها

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما يأتى:

1 - بالنظر فى تعاريف علماء الفقه الإسلامى للشفعة نجد أنها فى مجملها تناولت للشفعة بأنها حق تملك أو استحقاق الشريك حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض .

بينما نجد المشرع الوضعى المصرى وبعض علماء الفقه القانونى تناولوا تعريف للشفعة بأنها رخصة وليست حقا .

ومنهم من ذهب إلى أنها فى منزلة وسطى بين الحق والرخصة .

والحقيقة أن تعريف الشفعة عند علماء الفقه الإسلامى تعريف منبثق عن حقيقة للشفعة وماهيتها ولا جدال فى ذلك ، حيث إن التشريع الإسلامى هو الذى وضع أحكامها بصورة واضحة متكاملة أحاطت بدقائق مسائلها .

2 - أما مشروعية الشفعة فى القانون الوضعى فقد استمدت من مشروعيتها فى الفقه الإسلامى فثبوت الشفعة للشفيع جبرا عن المالك يتفق مع أصول الشريعة الإسلامية وغايتها ، التى توجب رعاية المصلحة العامة لا مصلحة فرد بعينه .

وجاز للشفيع أن يملك العقار المبيع جبرا عن اشتراءه ، وإن كان الأصل فى التعاقد الرضا ، فهذه المعانى جعلت القائمين على التشريع الوضعى أن يثبتوا هذا النظام الإسلامى فى تشريعهم ويعملوا على تنظيمه .

وإن كانوا قد نصوا على أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وأصولها فى تفسير النصوص بشرط عدم التعارض، مع مبادئ القانون الوضعى وإلا أخذ بمبادئ القانون المدنى المصرى عند التعارض ، فهذا موضع بحث ونظر من القائمين على

الأمر في الدولة ، والحق أن تقرير الشفعة يرجع للفضل فيه إلى الشريعة الإسلامية ولولاها ما تنبه إليه أحد من هؤلاء المشرعين للوضعين ، وأنهم لو سلكوا طريقها ما غيروا وما بدلوا كلما شعروا بنقص أوضاعهم ، ولا يزلون في نقصهم ماداموا في عنتهم <sup>(1)</sup>.

هذا والله أعلى وأعلم ،،

---

(1) يراجع : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي د / حسن عجرة ص 38 .

## المبحث الثاني

### شروط استحقاق الشفعة

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : شروط استحقاق الشفعة فى الفقه الإسلامى .
- المطلب الثانى : شروط استحقاق للشفعة فى القانون الوضعى .
- المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط استحقاق للشفعة .

## المطلب الأول

### شروط استحقاق الشفعة فى الفقه الإسلامى

تقديم :

بما أن الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية والتي ينتقل بها الملك ، إلا أنها ليست سببا اختياريا بل تعد من قبيل نزع الملك جبرا عن صاحبه ، وبها يتملك الشفيع الحصة المبيعة جبرا عن اشتراها .

لذا وضع علماء الفقه الإسلامى شروطا لاستحقاقها ، لا بد من توفرها وتحققها حتى تثبت الشفعة للشفيع ، من كون الشفيع مالكا للشيء المشفوع به ملكا باتا فإذا ما زال ملكه قبل البيع أو لم يكن مالكا وقت البيع فلا يستحق الأخذ بالشفعة ، وأن يكون المشفوع فيه قد انتقل إلى المشتري بعقد بيع أو عوض مالى ، وأن يأخذ الشفيع الحصة المبيعة كلها وأن يخرج المشفوع فيه عن ملك صاحبه على وجه بات وأن يكون عقارا ، فإذا ما توافرت هذه الشروط استحق الشفيع التملك الجبرى بأخذ الحصة المبيعة جبرا عن اشتراها ، وفى هذه الشروط تفصيل وتوضيح بين الفقهاء أوضحه فيما يلى :

## الشرط الأول : أن يكون الشفيع مالكا للمشفوع به :

### تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط للأخذ بالشفعة واستحقاقها أن يكون الشفيع مالكا للرقبة - أي ذات الشيء المشفوع به - وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، لأن سبب استحقاق الشفعة هو الملك ، وقد شرعت لدفع الضرر ، فإذا لم يكن ملك فلا ضرر ، فلا شفعة للمستأجر والمستعير لأنها غير مالكين ، أو كان مالكا ولكنه باعها قبل الشراء ، أو جعلها مسجدا أو وقفا <sup>(1)</sup> ، فلا شفعة له ، لأنه زال ملكه عنها فلا تتحقق فيه صفة الشفيع .

وكذلك اتفقوا على أن تكون ملكية الشفيع سابقة على ملك المشفوع عليه للعقار الذي يرغب أخذه بالشفعة ، أما إذا كان قد تملك الشفيع بعد امتلاك المشفوع عليه فلا شفعة .

وأن يستمر ملكه إلى أن يملك ما يشفع فيه <sup>(2)</sup> لكنهم اختلفوا فيما إذا باع قبل وقت استحقاق الشفعة ، أو قبل قضاء القاضي ، أو زال ملكه بسبب آخر كالوفاة فهل لوارثه حق الأخذ بالشفعة أم لا ؟ وذلك على قولين :

### القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء - " والمالكية في قول ، والشافعية في وجه ، والحنابلة والزيديية ، والإمامية والإباضية ..... " .

---

(1) الوقف لغة : الحبس ، يقال : وقتت كذا ، أي حبسته ، وهو بمعنى التحبيس والتسبيل .

واصطلاحا : حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود بقصد التقرب إلى الله تعالى.... يرجع : المصباح المنير 397 ، المعجم الوسيط 1094 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 367 ، معنى المحتاج 2 / 510 ، التتريفات للجرجاني 328 .

(2) يرجع : المبسوط للسرخسي 14 / 116 ، المعونة 2 / 236 ، الذخيرة 7 / 275 ، معنى المحتاج 2 / 416 ، البيان للحرملاني 7 / 106 ، كشاف القناع 4 / 151 ، المحلى 8 / 24 ، البحر الزخار 5 / 7 ، شرائع الإسلام 3 / 254 ، شرح كتاب النيل 11 / 321 .

أنه يشترط ثبوت الملك وقت البيع فقط ، ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ، فلو خرجت عن ملكه جاهلا بالشفعة فتثبت له الشفعة ، إلا الشافعية قالوا الأصح البطلان لزوال سببها وهو الشركة .

فذلك تثبت الشفعة للوارث إذا كان المورث قد طلبها بعد البيع قبل الموت بدليل قوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفى وعليه دين فعلى قضاؤه ، ومن ترك مالا لوالده فلورثته <sup>(1)</sup> وللشفعة حق من حقوق العقار الموروث فتثبت لمالكه . والوارث خليفة مورثه فله ما كان عن خلفه من حقوق ، وهو خيار لدفع الضرر عن ماله ، فجاز أن يقوم به وارثه مقامه كخيار الرد بالغيب ، وهو حق مستفاد بالملك فجاز أن يكون موروثا <sup>(2)</sup>.

#### القول الثاني :

ذهب إليه " الحنفية ، والمالكية في قول ، والشافعية في وجه ، والظاهرية " : إلى أنه يشترط استمرار الملك من وقت البيع إلى وقت قضاء القاضى ، فإذا باع قبل وقت استحقاقها بطلت الشفعة ولا يستحقها ، لأنه يثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق .

وقال الحنفية ، والظاهرية ، والمالكية في قول ، أن : الشفعة لا تورث لأن هذا الحق إرادة ومشينة ، وهى صفة شخصية ليست محلا للورثة ، فليس للوارث حق

(1) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى الكفالة 4 / 557 ، ح / 2298 ط : دار الحديث ، ومسلم فى

الفرائض 11 / 234 ح / 1619 باب 14

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 399 - 406 ، المعونة 2 / 236 ، الذخيرة 7 / 275 ، حاشية النسوى

3 / 475 ، معنى المحتاج 2 / 416 ، 417 ، البيان الصمرانى 7 / 106 ، كشف القناع 4 / 151 - 158 .

المعنى 7 / 238 ، ط : دار الحديث ، الإنصاف 6 / 283 ، الفروع 4 / 529 ، البحر الزخار 5 / 7 ،

شائع الإسلام 3 / 254 ، فقه الإمام جعفر 4 / 126 ، 145 شرح كتاب التلخيص 11 / 321 ، التلمكية

ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة 163 .

الشفعة في عقار بيع في حياة المورث ، لأن الوارث لم يكن مالكا لما ورثه وقت بيع الحصة المشفوع فيها ، ولو كان المورث قد طالب بها قبل موته ، إلا إذا حكم بها الحاكم ثم مات فتورث (1).

أما إذا كان الشفيع ليس مالكا ملكا باتنا لما يشفع به فهل يجوز له طلب الشفعة ؟ كما إذا كان عقد تملكه معلقا على شرط : فاختلف في ذلك على قولين :

القول الأول : ليس له طلب للشفعة ، لأنه ليس مالكا ملكا باتنا ، وقيل لا يقضى بها إلا بعد مضي المدة وعدم تحقق الشرط (2) .

والقول الثاني : له طلب للشفعة ، لأن الشرط أن يكون مالكا وقت البيع ، وأن يستمر ويبقى حتى يملك للعقار المشفوع بالقضاء فإن زالت الملكية سقط حقه ، ولا يهم زوالها بعد الأخذ بالشفعة (3).

---

(1) يراجع : المبسوط للمرخسي 116 / 14 ، الفتاوى الهندية 5 / 161 ، بدائع الصنائع 5 / 20 ، 32 بداية المجتهد 2 / 403 - 404 ، المعونة 2 / 236 ، حاشية للدسوقي 3 / 474 - 475 ، أسنى المطالب 2 / 364 ، حاشية البجيرمي 3 / 542 ، مغنى المحتاج 2 / 402 ، 403 ، المحلى 8 / 24 مسألة 1604 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 162 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 206 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 399 ، الفخيرة 7 / 275 ، البيان العمراني 7 / 106 ، الإتيان 6 / 283 انفروع 4 / 529 ، البحر الزخار 5 / 7 ، فقه الإمام جعفر 4 / 126 / 145 ، النيل 11 / 321 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 20 / 32 ، المعونة 2 / 236 ، حاشية للدسوقي 3 / 474 أسنى المطالب 2 / 364 ، المحلى 8 / 24 ، الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف 283 .



## الشرط الثاني : أن يكون المشفوع فيه انتقل بعقد معاوضة (1) :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الشقص (2) المبيع - المشفوع فيه - الانتقال إلى المشتري قد تم بعقد معاوضة وهو البيع ، أو ما هو في معنى البيع ، بأن يقر له بذن فيصالحه عن ذلك بالشقص ، أو يكون الشقص مصلحا به عن جنابة موجبة للمال كالقتل الخطأ ، أو شبه العمد أو نحو ذلك ، أو يكون الشقص موهوبا هبة مشروطا فيها العوض المعلوم ، أو الثواب ، لأن الشفع يأخذ الشقص المبيع بمثل الثمن الذي انتقل به إلى المشتري ولا يمكن هذا في غير البيع ، أو عقد معاوضة .

وكذلك اتفق الفقهاء أيضا على أنه لا تثبت الشفعة في الشقص المنقول بغير عوض كالهبة بغير عوض ، أو الموصى به ، أو الموروث ، أو المتصدق به .  
لأن الشفعة حق تملك جبري يملك به المبيع جبرا عن المشتري بمثل ما ملك - أي بالثمن والتكاليف التي دفعها ، وهذه التصرفات تؤدي إلى نقل الملكية بغير عوض ، فلا يتأتى تحقيق شرط الشارع الحكيم في تملك الشفعة وهو البيع بمعاوضة ، أو بما في معناه ، ولتلك بالإرث قهري فلم يضر بالشريك ، بخلاف المشتري فمن حقه أن لا يدخل على الشريك ضرر وإلا تسلط الشريك عليه ، وما ملك بهية أو وصية فلا عوض تؤخذ به ، ويروى عن مالك قول بثبوتها (3) .

---

(1) عقد المعاوضة هو العقد الذي يتم على أساس المبادلة بين المتعاقدين وعلى تملك كل منهما مال الآخر سواء كانت المبادلة مال بمال كالبيع ، أو مال بمنفعة كالإجارة ، أو مال بما ليس بمال ولا منفعة كالزواج  
يراجع : توثيق الدين بالرهن والكتابة في الشريعة الإسلامية أ . د / ناصر النشوي ص 12 ، 13 ط 1424هـ - 2004م .

(2) يراجع : الشقص : قطعة من الشيء والنصيب ، وقيل : القطعة من الأرض ، والاطافقة من الشيء وبكسر الثلثين ، للنصيب قليلا كان أو كثيرا وقيل للمبهم والنصيب والشريك . يراجع : القاموس المحيط 2 / 318 باب المصاد فصل الثنين ، مختار الصحاح 168 ، المصباح للنير 192 ، المعجم الوسيط 514 معجم لغة الفقهاء 265 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 15 - 17 ، بداية المجتهد 2 / 399 ، البيان المعرفي 7 / 106 - 129 .  
المغنى 7 / 155 ، السيل الجرار 3 / 170 ، شرائع الإسلام 3 / 254 ، النيل 11 / 321 374 .

ولكنهم اختلفوا في التملك بعوض غير مالى كالمهر <sup>(1)</sup> .  
وبدل الخلع <sup>(2)</sup>، أو الصلح <sup>(3)</sup> عن دم العمد أو العتق <sup>(4)</sup> ، أو الأجرة في الإجارة ،  
أو الجعل في الجعالة ، أو غير ذلك وذلك على قولين :  
القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء " الحنفية ، والحنابلة في قول ، والظاهرية ، والزيدية ،  
والإمامية والإباضية " .

إلى أنه يشترط في المشنوع فيه أن يكون قد انتقل إلى المشتري بمعاوضة مال  
بمال .

فلا شفعة إذا كان العوض غير مال كالمهر وبذل الخلع وغيرهما ، لأن ذلك ليس  
له عوض يمكن الأخذ به فأشبهه الموهوب بكون عوض والموروث .

- 
- (1) المهر لغة : صدق المرأة : وما يدفعه الزوج لزوجته بعد الزواج ، جمع مهر .  
واصطلاحاً : اسم لمال واجب على الرجل بنكاح أو وطء بشبهة ، وله أسماء كثيرة منها : الصداق والنحلة  
والفريضة . يراجع : لسان العرب 4 / 2430 باب الرأء فصل الميم ، المعجم الوسيط 928 ، معنى  
المحتاج 3 / 281 ، حقوق الزوجة في الفقه الإسلامى د / محمد حسني سليم ص 7 .  
(2) الخلع لغة : مأخوذ من خلع الشيء خلعا ، نزع ، وخلع الرجل امرأته خلعا : طلقها بفدية من مالها  
وخذعت المرأة زوجها : طلبت أن يطلقها بفدية ، وتخالعا للزوجات : اتفقا على الطلاق بفدية .  
والخلع اصطلاحاً : فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع .  
يراجع : المصباح المنير 109 ، مختار الصحاح 102 ، المعجم الوسيط 273 ، معنى المحتاج 3 / 335  
الجلال المعلى 3 / 307 .  
(3) الصلح لغة : انتهاء الخصومة أو التوفيق . واصطلاحاً : عقد يحصل به رفع النزاع .  
يراجع : لسان العرب 4 / 2479 باب الحاء فصل الصاد ، المصباح المنير 207 ، حاشية عميرة  
2 / 306 ، لتعريفات للجرجاني 176 .  
(4) العتق لغة : الحرية ، يقال : أعتق العبد عتقا وعتاقا : خرج من الرق وأعتق العبد : حرره  
واصطلاحاً : قوة حكمية يصير بها الإنسان أملاً للتصرفات الشرعية .  
يراجع : المعجم الوسيط 611 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 189 ، لتعريفات للجرجاني 190 .

وأن المنافع لا قيمة لها، وأنها ليست مضمونة لأن الشيء يضمن فبمثله في الأصل، ولا تقوم في حق الشفيع، فلا يستطيع أن يملك بمثل ما تملك به المشتري فلم يكن مشروعاً<sup>(1)</sup>.

### القول الثاني :

ذهب إليه " المالكية ، والشافعية ، والحنبلة في قول " :  
إلى أنه لا يشترط أن يكون المشفوع فيه قد انتقل بعوض مالي . فيكفي أن يكون العقد معاوضة سواء كانت معاوضة مالية كالبيع ، أو غير مالية كالمهر وبدل الخلع.

ويطالب الشفيع يدفع قيمة البدل ، فواخذ الشيء بقيمته ، فيدفع مهر المثل<sup>(2)</sup> ، وعوض الخلع وأجرة المثل أى أجرة مثل المنفعة التي جعل الشفيع أجره عنها .  
لأن الأخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري عند الإمكان ، وعند التعذر تقام قيمته مقامه.

وعند المالكية تؤخذ الشفعة بقيمة الشقص ، وقيل : أن هذا أحسن بين الشفيع والمرأة تجنباً لما يكون في مثل هذه الأحوال من التسامح زيادة أو نقصاً ، فقد يكون المهر ألفاً والشقص بمائة وتسامحه فتأخذ الشقص بمهرها<sup>(3)</sup>.

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 15 - 17 ، تكملة شرح فتح القدير 9 / 405 ، الفتاوى الهندية 5 / 160 ، 161 ، مجمع الأبرار 2 / 480 ، 481 ، تبين الحقائق 5 / 239 ، المغني 7 / 152 - 155 الفروع 4 / 536 ، كنشاف النزاع 4 / 137 ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي 4 / 193 ، الحلي 8 / 13 ، مسألة 1596 ، البحر الزخار 5 / 4 ، شرائع الإسلام 3 / 254 ، الفيل 11 / 321.

(2) مهر المثل هو : ما يرغب به في مثلها عادة : فهو للمهر الذي يقدر للمرأة التي تزوجت بدون أن يفرض لها مهر عند العقد ، ويراعى في تقديره أن يكون ممثلاً لمهر التي تزوجت به امرأة تماثلها من قوم أبيها كأختها ، وعمتها .

يراجع : مغني المحتاج 3 / 295 ، الإقناع بهامش حاشية البجيرمي 4 / 209 ، حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي د / محمد حسني سليم 58 .

(3) يراجع : حاشية النسرقى والشرح الكبير 3 / 475 ، بداية المجتهد 2 / 399 ، المعونة 2 / 230 ، 231 ، مغني المحتاج 2 / 403 ، البيان العمري 7 / 106 ، 129 ، حاشية البجيرمي 3 / 546 ، -

### الشروط الثالث : أن يزول ملك البائع وحقه عن المبيع زوالاً باتاً نهائياً :

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه يشترط للأخذ بالشفعة وثبوت حق الشفع في التملك الجبري للعين المباعة من المشتري ، أن يكون المشفوع فيه قد خرج عن ملك صاحبه إلى المشتري على وجه بات .

لأن الشفع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به ، فإذا لم يزل ملك البائع ، ولم يخرج المبيع من ملكه على وجه نهائي ، فلا تثبت الشفعة للشفيع لاستحالة تملك المشتري فيستحال تملك الشفع ، ولأن حق البائع لا يزال متعلقاً به وهو أولى من غيره كالبيع بشرط الخيار .

فلذا اتفق الفقهاء على أن البيع بشرط الخيار للبائع أو لهما معا " للبائع والمشتري " - لا يثبت الحق في الشفعة ، لأن الملك لم يستقر ، وذلك قبل انقضاء مدة الخيار . ولأن المبيع لا يزال على ملك صاحبه مادام الخيار باقياً ، فله أن يرجع عن البيع وفي ثبوت الشفعة إبطال الخيار وإلزام المشتري بالعقد قبل رضاه ، وأيضاً : تقويت حق المشتري في الرجوع في الثمن إن كان الخيار له ، وتقويت حق البائع في الرجوع في عين المبيع إن كان الخيار له <sup>(1)</sup> .

أما إذا كان الخيار للمشتري وحده ، فقال : " الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة في قول والإمامية في قول " أنه تجب الشفعة ، لأن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع والملك قد انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار <sup>(2)</sup> .

---

المغنى 7 / 155 ، الإتحاف 6 / 252 ، 253 ، الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف 281 282 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 160 ، 161 .

(1) يرجع : الفتاوى الهندية 5 / 160 ، المنتقى 6/217 ، النخبة 7/308 ، البيان المعرفي 7/110 الحاوي 9/67 ، الإتحاف 6/308 ، المحلى 8/28 ، البحر الزخار 5/4 ، فقه الإمام جعفر 4/130 التل 11/321 .

(2) يرجع : بدائع الصنائع 5/18 ، تكملة شرح فتح القدير 9 ، 407 ، البيان 7/110 ، الجلال المحلى 3/44 ، مشى المحتاج 2 / 404 ، الإتحاف 6 / 308 ، كشف القناع 4 / 162 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 130 .

أما " المالكية " والحابلة في الراجح عندهم ، والإمامية في الأصح عندهم ،  
والظاهرية والزيدية ، والإباضية " ، قالوا : لا شفعة في بيع الخيار حتى يتم البيع<sup>(1)</sup>  
والمقصود بالخيار هنا خيار المجلس<sup>(2)</sup> وخيار الشرط<sup>(3)</sup> عند من قال بجواز ذلك .  
أما خيار الرؤية<sup>(4)</sup> والعيب<sup>(5)</sup> فلا يمنع ثبوت الشفعة عند جمهور الفقهاء الذين  
أجازوا ذلك ، لأنه لا يمنع زوال ملك البائع ، فلو رد قبل القبض فلا شفعة ، لأنه  
فسخ ، ولو رد بعد القبض ففيه الشفعة .

وكذلك لو كان المشفوع فيه مبيعاً بعد فاسد<sup>(6)</sup> وقبضه المشتري ، فإنه وإن خرج  
عن ملك البائع إلا أنه لا يزال حقه متعلق بالمبيع ، ولا يمنع زوال الملك عن البائع ،

(1) يراجع : حاشية المسوقي والشرح الكبير 3/ 483 ، للخيرية 7/ 308 ، 309 ، بدلية المجتهد 400/2  
المضى 157/7 ، كشاف القناع 162/4 ، المطى 8/ 28 مسألة 1611 ، البحر الزخار 4/ 5 ، فقه الإمام  
جعفر 4/ 130 ، النيل 11/ 321 .

(2) خيار المجلس هو : أن يكون لكل واحد من المتعاقدين الحق في إضفاء العقد أو رده مادام في  
المجلس وله اختاراً إضفاء العقد . يراجع : بحث في البيع د / على مرعي 1/ 169 ، فقه المعاملات  
د/ محمد الصباد 191 ، دراسات في الفقه المقارن د/ رشاد خليل 42 بدون طبعة .

(3) خيار الشرط هو : ما يشترطه العاقدان أو أحدهما لهما أو لأحدهما ، أو لغيرهما ، في إضفاء  
الصيغة أو عدم إضفاءها . يراجع : دراسات في الفقه المقارن للمعاملات د / رشاد خليل 49 ، أحكام  
المعاملات الشرعية / الشيوخ على الخفيف 362

(4) خيار الرؤية هو : حق يثبت به لأحد المتعاقدين عند رؤية محل العقد فسخ العقد أو إضفاءه بسبب  
عدم الرؤية قبل ذلك . يراجع : حاشية للشاذلي بهامش تبين الحقائق 4 / 64 ، أحكام المعاملات الشرعية  
للشيوخ على الخفيف 378

(5) خيار العيب هو : حق المشتري في إضفاء البيع أو فسخه متى ظهر له عيب في محل العقد ولو لم  
يشترط ذلك . يراجع : دراسات في الفقه المقارن د / رشاد خليل ص 66 ، أحكام المعاملات الشرعية  
للشيوخ على الخفيف 389 .

(6) الفاسد : أي الباطل وهو الذي لا يترتب أثره عليه ، وقيل : ما كان غير مشروعاً بأصله ولا وصفه  
كبيع الملاحيق ( والملاحيق بيع ما في بطون الأمهات ) وكذلك العقد يفسد كما إذا كان للثن مجعولاً أو كان  
خمرًا أو خنزيراً . يراجع : المعجم الوسيط 721 ، الإبهاج للمسكي 1 / 69 ، 70 ، نهاية السؤل للسؤل  
1 / 58 ، 59 .

والشفعة مبنية على زوال ملك البائع فيجب على كل منهما فسخ العقد ورد المبيع إلى بائعه .

أما لو أصبح الملك باتاً بفعل المشتري في المبيع شيئاً يمنع رده كان يزيد فيه المشتري زيادة لا يمكن أن يسلم إلى بائعه بدونها ، أو أسقط حقه في الفسخ ، أو أسقط حق الخيار فللشفعة أن يأخذ بالشفعة <sup>(1)</sup> .

### الشرط الرابع : أن يأخذ الشفيع الشقص المبيع كله :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط للأخذ بالشفعة أن يأخذ الشفيع الشقص المبيع كله لئلا يتضرر المشتري بتبعض الصفقة <sup>(2)</sup> في حقه بأخذ بعض المبيع ، لأنه ما اشترى الجزء بل اشترى كل المبيع وتفرق الصفقة من غير رضاه لا يصح .  
وأيضاً الشفعة ثبتت على خلاف الأصل دفعا لضرر للشركة ، فإذا أخذ البعض لم يندفع الضرر والضرر لا يزال بالضرر .

وإذا طالب بأخذ بعض المبيع فقد رضى بالمشتري شريكا ويكون ذلك متناقضا مع طلبه ، لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل الجديد فإن رضىه شريكا فقد أقر بأنه لا ضرر من شركته وبالأولى لا ضرر من جواره فيسقط حق الشفعة .

هذا إذا كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه - المشتري - واحداً - فيشترط لاستحقاقه الشفعة أن يأخذ الكل ما لم يتفق الشفيع مع المشتري برضاه أن يأخذ

---

(1) يراجع : فيما سبق : الفتاوى الهندية 5 / 160 ، 164 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 407 ، 408 ، بدائع الصنائع 5 / 18 ، 19 ، مجمع الأنهر 2 / 471 ، بداية المجتهد 2 / 400 تمتلئ 6 / 217 ، المعونة 2 / 236 ، حاشية السوقي والشرح الكبير 3 / 483 ، بلغة السالك 2 / 211 ، 213 . مغنى المحتاج 2 / 404 . روضة الطالبين 5 / 75 ، المغنى 7 / 157 الإصناف 6 / 308 ، المحلى 8 / 28 ، البحر الرزخار 5 / 4 ، فقه الإمام جعفر 4 / 130 ، النيل 11 / 321 .  
(2) الصفقة : العقد وضرب اليد على اليد عند البيع علامة إنفاذه ، وقيل الصفقة عبارة عن العقد .  
يرجع : لسان العرب 4 / 2663 ، بنب القاف فصل الصاد ، التعريفات للجرجاني 175 .

بعض للبيع ، فإذا كان هناك شفيع آخر وطلب الأخذ بالشفعة فإنه يقدم على المشتري فيما ترك الشفيع الأول <sup>(1)</sup> .

فإذا كان الشفيع واحدا والمشفوع عليه - المشتري - أكثر من واحد .

ولراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الآخرين :

فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز للشفيع أن يأخذ الكل أو أن يأخذ حصة أحدهم دون الباقيين ، وورد قول عند المالكية إلى أنه ليس له إلا أن يأخذ الكل أو يدع الكل .

واستدل الجمهور على قولهم : بأن للشفيع أن يأخذ الكل أو يأخذ حصة أحدهم دون الآخرين ، لأنه ربما كان اتصاله بأحدهم ضاراً فوطالب بحصته ، والاتصال بالآخرين غير ضار فلا يطالب بحصصهم ، لأن الصفقة غير متحدة بل هي متفرقة ابتداءً .

ولأن كل حصة مبيع مستقل بالنسبة لمشتريها فلا تتجزأ الصفقة بالنسبة إليه وقد يرضى للشفيع بمشاركة أحدهم فلا يطلب حصته ، ولا يرضى بمشاركه الآخرين فوطالب حصصهم <sup>(2)</sup> .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 6/ 36 ، 37 ، للفتاوى الهندية 5/ 175 ، تبين الحقائق 5/ 239 ، بدلية المجتهد 2/ 401 ، المنقلى 6/ 214 ، المعونة 2/ 232 ، الشرح الكبير وحاشية النسوى 3/ 489 ، 490 . البيان المعراني 7/ 141 ، أسنى المطالب 2/ 375 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3/ 509 ، 510 ، الإنصاف 6/ 275 ، المعنى 7/ 226 ، العدة 276 ، 277 ، كنز الفقاع 4/ 147 ، 148 . المحلى 8/ 25 مسألة 1605 ، الروض للتنوير 3/ 335 وما بعدها ، شرائع الإسلام 3/ 258 ، شرح كتاب التل 11/ 412 ، الملكية للشيخ على الخفيف 285 ، 286 .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5/ 175 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9/ 422 . المبسوط للمرخسى 14/ 104 ، بدائع الصنائع 5/ 37 . بدلية المجتهد 2/ 403 ، للذخيرة 7/ 343 ، 344 البيان المعراني 7/ 142 ، أسنى المصائب 2/ 376 ، الجلال المحلى 5/ 49 ، 50 ، المعنى 7/ 203 ، 226 . الروض المربع 369 ، الإنصاف 6/ 276 . المحلى 8/ 26 مسألة 1608 ، الروض للتنوير 3/ 335 . شرائع الإسلام 3/ 256 ، شرح كتاب التل 11/ 412 .

لما إذا تعدد الشفعاء بأن كان الشفيع أكثر من واحد سواء كان المشفوع عليه واحداً أو أكثر . فإذا طلب الشفعة أحد الشفعاء وترك طلبها بقية الشفعاء .

فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه له أخذها ، فيأخذ الجميع أو يترك الجميع وليس له أن يشفع بحسب نصيبه إلا برضا المشتري .

وفى قول عند المالكية : ليس للشفيع أن يأخذ إلا بقدر حصته فقط إذا ترك بقية الشفعاء الأخذ بها وذلك رفقا بالمشتري .

وإذا طلب الشفعة أكثر من واحد أو طلبها الشفعاء جميعاً : استحقوقها ويقسم بينهم المشفوع فيه <sup>(1)</sup> .

ولقد اختلف الفقهاء فى كيفية تقسيمها بينهم وذلك على قولين :

### القول الأول :

ذهب إليه " المالكية ، والشافعية ، والحنابلة فى أصح الروايتين ، وبعض الزيدية والإمامية، والإباضية، ومن التابعين إسحاق، والحسن البصرى <sup>(2)</sup> وابن سيرين <sup>(3)</sup> .

---

(1) يراجع : المبسوط للرخسى 97/14 ، بدلية المجتهد 2/ 401 ، مسالك الدلالة 261 ، البيان 144/7 ، لسنى المطالب 2/ 374 ، المقتنى 7/ 221 ، 222 ، المطلى 8/ 27 ، 28 ، الروض النضر 3/ 335 ، شرافع الإسلام 3/ 256 ، القليل 11/ 412 .

(2) الحسن للبصرى هو : الحسن بن يسار البصرى أبو سعيد التابعى ، إمام أهل البصرة ، وحبر الأمة فى زمانه ، المجمع على إمامته فى كل فن ، مولى زيد بن ثابت ، وأمه مولاة لأم سلمة لم المؤمنين رضى الله عنها ، ولد لمتين بقتاً من خلافة عمر بن الخطاب ، رأى عاتقه وطلحة بن عبد الله ولم يسمع منهما بوسع من عمرو سمرة ، وأباً بكره وجندب ، ومقل ، وغيرهم ، أُنكر من الصحابة مائة وثلاثين ، وروى عنه خلائق من التابعين ، اجتمع الناس إليه منهم طلوس وعطاء ، ومجاهد وغيرهم توفى رحمه الله تعالى سنة 110 هـ . يراجع : ميزان الاعتدال 1/ 527 ، رقم 1968 ، تهذيب الأسماء واللغات 1/ 165 ، 166 ، شذرات الذهب 1/ 136 - 138 ، حلية الأولياء 2/ 131 .

(3) ابن سيرين هو : محمد بن سيرين الأنصارى ، أبو بكر التابعى الإمام فى التفسير والحديث والفقه والرؤيا مقدم فى الزهد والورع ، كان أبوه مولى لأنس بن مالك وكتبه ثم عتقه ، وكانت أمه مولاة لأبى بكر ، ولد سنة 33 هـ ، سمع من ابن عمر ، وأبى هريرة ، ولم عطية الأنصارية ، ومن التابعين مسلم بن يسار ، وشريحا ، وعبيدة السلماني ، وغيرهم ، روى عنه الشعبي ، وأيوب ، وقتادة ، وغيرهم أُنكر من الصحابة ثلاثين توفى بالبصرة سنة 110 هـ بعد الحسن البصرى بمائة يوم - " رحمه الله تعالى - "



إلى أن : المشفوع فيه يقسم بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه الثلث أخذ من الثلث الثلث وهكذا ، لأن الشفعة حق استيفاء وجوبه بسبب الملك فيوزع على الأصل ويأخذ كل منهم بنسبة ما يملك في العقار المشفوع به ، والشفعة شرعت لإزالة الضرر ، والضرر دخل على كل واحد منهم على غير استواء ، لأنه يدخل على كل منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة<sup>(1)</sup>.  
القول الثاني :

ذهب إليه " الحنفية ، والحنابلة في رولية ، والظاهرية ، وبعض الزيدية ، ومن التابعين ، الثوري ، والنخعي<sup>(2)</sup> والشعبي وابن أبي ليلى<sup>(3)</sup> .  
إلى أن المشفوع فيه يقسم بينهم بالتساوي - أى على قدر رعوهم إذا كانوا في درجة واحدة ، لأن ثبوت الشفعة يلزم بنفس الملك ، فيستوى الجميع فيه لاستوائهم

مراجع : الأعلام 6 / 154 ، شذرات الذهب 1 / 138 - 139 ، البداية والنهاية 9 / 274 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 99 - 100 .

(1) يرجع : بداية المجلد 2 / 401 - 403 ، حاشية النسوقي والشرح الكبير 3 / 486 - 487 المعونة 2 / 229 ، 232 ، مسالك لدلالة 261 ، البيان 7 / 144 ، أسنى المطالب 2 / 374 الإنصاف 6 / 275 ، المعنى 7 / 221 ، 222 ، كشف القناع 4 / 147 - 150 ، الروض النضير 3 / 335 ، شرائع الإسلام 3 / 256 ، وما بعدها ، شرح كتاب النزيل 11 / 412 ، الشفعة بين الشريعة والقانون د/ حسن عوجة 47 - 50 .

(2) النخعي هو : إبراهيم بن يزيد بن الأسود بن عمرو بن ربيعة النخعي أبو عمار الكوفي ، من أكابر التابعين ، رأى عائشة " رضى الله عنها " ولم يثبت له منها سماع ، ونسبت إلى النخعي ، لأنه انتسب من قومه أى : بعد عنهم ، توفي سنة 96 هـ وله تسع وأربعين سنة رحمه الله تعالى . يرجع : حلية الأرياء 4 / 219 ، شذرات الذهب 1 / 111 ، وفیات الأعيان 6 / 1 ، طبقات ابن سعد 6 / 188 .

(3) ابن أبي ليلى هو : أبو عيسى عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار وقيل : محمد بن بلال بن أحيمه ولد لمعتن بقينا من خلافة عمر من أكابر تابعي الكوفة ، سمع من علي بن أبي طالب ، وعثمان وغيرهما روى عن أبيه ، وروى عنه ابنه عيسى ، وابن ابنه عبد الله ، ولشجى - وغيرهم ، شهد مؤتمعة الجمل مات سنة 81 هـ وقيل 82 هـ " رحمه الله تعالى " . يرجع : تذكرة الحفاظ 1 / 58 ، طبقات ابن سعد 6 / 109 ، تاريخ بغداد 10 / 199 ط : دار الكتب العلمية ، وفیات الأعيان 3 / 126 .

فى نفس الملك كالشركاء فى العبد يعتق بعضهم فيقوم على الباقيين ويعتق عليهم (1). وأرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن استحقاقهم الشفعة يكون على قدر حصصهم ، لأن الضرر الذى يلحق صاحب الثلث غير الضرر الذى يلحق صاحب الثلثين والشفعة شرعت لإزالة الضرر فوجب أن تكون بنسبة ما يلحق كل منهم من ضرر ، وذلك يكون على قدر حصصهم .

أما إذا كان بعض الشفعاء غالباً والبعض الآخر حاضراً : وأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط ، فليس له ذلك إلا أن يأخذ الكل أو يترك لكل وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإذا قدم الغائب إن شاء أخذ وإن شاء ترك إن كان الشفعاء فى مرتبة واحدة ، ولا يقدم الغائب إذا كان فى مرتبة أقل فإن كان فى مرتبة أعلى قدم على الحاضر (2) .

أما إذا تعدد الشيء المشفوع فيه ، بأن لشترى المشفوع عليه دارين بمقد واحد . فلقد اتفق الجمهور على أنه إذا كان الشفعين شفعياً فى إحداها فليس له أخذ إلا ما هو شفعى فيه فقط دون الأخرى .

أما إذا كان للشفعين شفعياً فيهما ، فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين : القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء " زفر من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية والحنابلة ، والإباضية " إلى أنه يجوز للشفعين أن يأخذ إحدى الدارين ، لأن الأخذ بالشفعة هنا لا يؤدي إلى تبعض الصفقة ، لأن المانع من تجزئته الصفقة هو ضرر

(1) إراجع : المبسوط للرخسى 97/14 ، الاختيار 65/2 ، تبين الحقائق 5/241 ، بدائع الصنائع 5/7 ، الروض للمربع 369 ، العدة 277 ، المعنى 7/221 ، المحلى 8/27 ، 28 مسألة 1610 ، الروض للنضير 3/343 ، البحر الزخار 9/5 ، الشفعة د / حنن عوجة 47 .

(2) إراجع : الفتاوى الهندية 5/177 ، المبسوط للرخسى 91/14 ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير 3/490 ، بداية المصنف 2/403 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3/509 ، 510 ، الجلال المحلى 3/49 ، البيان 7/145 ، المعنى 7/226 - 231 ، الروض للمربع 369 ، المحلى 8/26 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 295 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 158 .

الشركة ، ولا شركة هنا سواء كانت الداران متلاصقتين أو فى بلدين مختلفين ، وأيضاً الضرر قد يلحق بأرض دون أخرى .

وكذلك كما باع شيئاً عقار تجب فيه الشفعة مع آخر فنقول لا تجب فيه الشفعة ، فليس له أن يأخذ ما لا شفعة فيه <sup>(1)</sup> .

القول الثانى : ذهب إليه " أبو حنيفة " ، ومحمد ، وأبو يوسف " إلى أنه ليس للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعاً أو يتركهما وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة على مشتريها ، وقد يكون المشتري راعياً عن إحدى الدارين ، ولم يشتريها إلا لأجل الثانية ، فلا يجوز أن يلحقه فى ذلك ضرر بأخذها منه وحدها سواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين فى مصر أو مصرين <sup>(2)</sup> .

وأرى أن القول الأول هو الراجح لأن الشفعة ما شرعت إلا لرفع الضرر، وربما لم يلحقه ضرر من إحداها فلا يجبر على أخذها ، فله أن يأخذ إحدى الدارين رضى المشتري أم أبى .

### الشرط الخامس : أن يكون الشقص المشفوع فيه - عقاراً :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط فى الشقص المبيع - المشفوع فيه - أن يكون عقاراً قابلاً للقسمة، فإذا كان كذلك فثبت للشفيع حق الأخذ بالشفعة وتملك المبيع جبراً عن المشتري لأن الضرر فى العقار يتأبد من جهة الشريك فثبت الشفعة لإزالة الضرر <sup>(3)</sup> .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 37 ، الفتاوى الهندية 5 / 175 ، المعونة 2 / 231 ، 232 ، الذخيرة 7 / 347 ، البيان العمري 7 / 142 ، أملى المطالب 2 / 376 ، الإصناف 6 / 280 ، كشف القناع 4 / 150 ، شرح كتاب النيل 11 / 412 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 287 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 37 ، 38 ، الفتاوى الهندية 5 / 175 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 18 ، مجمع الأنهر 2 / 480 ، الذخيرة 7 / 280 ، الجلال المحلى 3 / 43 ، المحلى 7 / 147 ، المحلى 8 / 3 ، البحر الزخار 5 / 4 ، الروضة اللبية 2 / 127 ، النيل

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان العقار غير قابل للقسمة أو كان الشقص منقولا وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب إليه " المالكية في الرواية المشهورة عندهم ، والشافعية في وجه ، والحنابلة في ظاهر المذهب ، وقول عند الإمامية ، وقول عند الإباضية " . إلى أنه يشترط في المشفوع فيه أن يكون عقارا قابلا للقسمة أو ينتفع به مقسوما كالنور ، والبساتين ، وما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول كالبناء ، والشجر ، وما يتعلق بها كالثمار ، وما عدا ذلك من العروض والمنقولات أو عقارا لا ينقسم كالبنز والحمام <sup>(1)</sup> الصغير والطريق فلا شفعة فيه <sup>(2)</sup> .

القول الثاني : ذهب إليه " الحنفية ، والمالكية في قول ، والشافعية في الصحيح عندهم والحنابلة " في رواية إلى أنه يشترط في المشفوع فيه أن يكون عقارا مطلقا سواء كان قابلا للقسمة أو لم يقبلها ، أما إذا كان منقولا تابعا للعقار كالبناء ، والشجر ، والزرع ، وبيع تبعا للعقار فثبتت فيه الشفعة تبعا لثبوتها في العقار ، وكذلك إذا كان غير تابع للعقار ولكنه بيع معه كالحيون مع الأرض أو السيارة مع الأرض ، وإذا بيع وحده لم تثبت فيه الشفعة <sup>(3)</sup> .

---

(1) الحمام : ما يقتل فيه وهو موضع الاستحمام أى الاعتسالم بالماء الحار أو البارد ، جمع : حمامات والحميم : الماء الحار ، ويطلق على البارد أيضا . يراجع : المعجم الوسيط 222 ، شرح كتاب النزل 328 / 11 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 398 ، المونة 2 / 227 / 228 ، مسالك الدلالة 260 ، 261 ، مقى المحتاج 2 / 401 ، حاشية الجبيري 3 / 543 ، أسنى المطالب 2 / 363 ، 364 ، المغنى 7 / 147 - 150 ، الروض للمربع 368 ، الحدة 275 ، 276 ، شرائع الإسلام 3 / 253 ، شرح كتاب النيل 332 ، 331 / 11 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 18 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 403 ، مجمع الأنهر 2 / 480 ، الفتاوى الهندية 5 / 160 ، حاشية النسوقى والشرح الكبير 3 / 476 ، 482 ، النخبة 7 / 280 ، الجلال المحلى 3 / 43 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 499 ، المغنى 7 / 147 - 150 الإتناف 6 / 257 .

القول الثالث : ذهب إليه " المالكية فى قول ، والحنابلة فى قول ، والظاهرية ، والزيدية ، وقول عند الإمامية ، وقول عند الإباضية ، ومن التابعين عطاء <sup>(1)</sup> وجابر " .

إلى أنه لا يشترط فى المشفوع فيه أن يكون عقارا بل تثبت الشفعة للشفيع فى العقار مطلقا قبل القسمة أم لا ، والمنقول بيع تبعا أو بيع وحده ، حيوانا أو غيره ، فكل مال مشترك تثبت فيه الشفعة <sup>(2)</sup> .

ولعل سبب اختلافهم يرجع إلى تعارض الأدلة الواردة فى هذه المسألة .

## الأدلة

### أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن الشفعة لا تثبت إلا إذا كان المبيع عقارا قابلا للقسمة وما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل كالبناء والشجر ولا تثبت فى العقار الذى لا ينقسم ، وكذا فى المنقول ما لم يكن تبعا للعقار بما يلى :

1 - ما روى فى حديث جابر أن للنبي - صلى الله عليه وسلم - " قضى بالشفعة فى كل شرك لم يقسم أربعة أو حائط <sup>(3)</sup> " .

(1) عطاء هو : أبو محمد عطاء بن أبى رباح من التابعين وأبوه أسلم ، وقيل : سالم بن صفوان ، ولد سنة 27 هـ نشأ بمكة وتعلم بها ، من أجل للفقهاء وتلقى مكة وزهادها وانفرد بالإفتاء ، سمع من عائشة - رضى الله عنها - ولم سلمة ، وأبو هريرة ، وابن عمر ، وغيرهم ، وروى عنه قتادة والأوزاعي ، ومجاهد ، وغيرهم كان حجة وإماما كبير فاشان توفى سنة 115 هـ رحمه الله تعالى0 يراجع : طبقات الفقهاء للشيرازى 69 ، طبقات ابن سعد 2 / 386 ، وفيات الأعيان 3 / 261 ، تذكرة الحفاظ 1 / 98 .

(2) يراجع : المعونة 2 / 228 ، الذخيرة 7 / 301 ، الشرح للصغير مع بلغة السالك 2 / 211-213 المعنى 7 / 150 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 192 ، المحلى 8 / 3 وما بعدها البحر الزخار 4/5 ، الروض النضير 3 / 342 ، السيل الجرار 3 / 172 ، للروضة للندية 2 / 127 ، فقه الإمام جعفر 4 / 124 ، شرح كتاب النفل 11 / 231 - 234 ، سبل السالك 3 / 154 ، 155 ، نيز الأوطار 5 / 396 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص 319 .

2 - ما روى عن جابر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم<sup>(1)</sup>.

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

يدل هذان الحديثان على أنه تثبت للشفعة فى ما لم يقسم إذا كان يقبل القسمة لما ما قسم أو لم يقبل القسمة فلا شفعة لقضاء النبي - صلى الله عليه وسلم - بذلك<sup>(2)</sup>.

3- أيضا - إثبات الشفعة فيما لا ينقسم بضر بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة فى نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفعين فيتضرر البائع ، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدى إثباتها إلى نفيها .

4- الشفعة شرعت لدفع الضرر الذى يلحق بالمقاسمة وذلك بجمع العقار فى ملك شريك واحد فكل واحد من الشركاء أن يطالب بالقسمة ، وفى إخراجها مؤونة وضيق فى المرافق ، بعد أن كان كل شريك يرتفق بالعقار جميعه ويأى موضع منه ، فمكنه الشارع الحكيم من دفع هذا الضرر بأن جعله أحق بالمبيع من الأجنبى حتى يكون له العقار جميعه .

5- كذلك بنص الحديث الأول لا تثبت الشفعة فى المنقول حيوانا كان أو ثيابا ، لأن الشفعة مشروعة فى الأرض التى تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، والمنقول لا يدوم والشفعة تملك قهرى تناسب مشروعاتها عند شدة الضرر ، فيجب أن يثبت حق الشفعة على ما جاءت به الشريعة الإسلامية لما فيه من الحد من حرية البائع والمشتري ، لأن انتقال الملك الأصل فيه الرضا والاختيار بين المالكين فلا يتوسع فيه بل يقتصر على موضع الضرورة حيث نص الحديث<sup>(3)</sup>.

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص 319 .

(2) يراجع : نيل الأوطار 5 / 396 ، سبل السلام 3 / 154 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 189 .

(3) يراجع : بداية المجتهد 2 / 389 ، 399 ، حاشية المنقوى 3 / 476 ، المنقوى 6 / 200 ، الشرح الصغير مع بلغة السالك 2 / 211 - 213 ، المعونة 2 / 228 ، للضرورة 7 / 280 ، مننى المحتاج 2 / 400 - 402 ، الجلال المحلى 3 / 43 ، البيان 7 / 98 ، 99 ، 103 ، الحاوى 9 / 99 ، -

## أدلة القول الثلثي :

استدل أصحاب القول الثلثي على ما ذهبوا إليه من أن الشفعة تثبت إذا كان الشقص - المبيع - عقارا مطلقا قبل القسمة أو لم يقبلها ، وكذا إذا كان منقولاً تابعاً للعقار أو بيع معه ولا تثبت الشفعة في المنقول إذا بيع وحده ، وذلك بما يلي :

1- ما استدل به أصحاب القول الأول من ثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة وعدم ثبوتها في المنقول إذا بيع وحدة (1) .

2- أما العقار الذي لا يحتل القسمة استدلوا على ثبوت الشفعة فيه بالآتي :

ما روى أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال : " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها " (2) .

3- أيضا الشفعة شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشركة فتجوز فيما لا ينقسم ، فإذا كانا شريكين في عين لم يكن دفع ضرر أحدهما بأولى من دفع ضرر الآخر ، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، إذ فيه إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، حيث يصل إلى حقه من الثمن ويصل الآخر إلى استبداده بالمبيع فيزول الضرر عنهما جميعا .

4- الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ وأكثر من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة ، لأنه يتأبد ضرره ، فإذا كان الشارع الحكيم مريدا لدفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالدفع ، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقارات المقسومة ، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة (3) .

---

مروضة الطالبين 5 / 70 ، للفروع 4 / 529 ، شرح للزركشي على مختصر الخرقى 4 / 189 ، 191 كشف القناع 4 / 138 - 140 ، المعنى 7 / 148 - 150 ، شريع الإسلام 3 / 253 ، فقه الإمام جعفر 4 / 124 ، شرح كتاب الليل 11 / 331 ، 332 .

(1) يراجع : ما سبق ص 345 ، 346 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص : 320 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 18 ، المبسوط للسرخسي 14 / 95 - 98 ، تبیین الحقائق 5 / 239 252 الفتاوى الهندية 5 / 161 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 403 ، 404 ، بداية المجتهد

ولكن أصحاب هذا القول اختلفوا فيما بينهم فى ثبوت حق الشفعة فى العلو والسفل:

فقال الحنفية : يثبت حق الشفعة فى العلو والسفل ، لأنهما يلحقان بالعقار ، فتثبت الشفعة لأصحاب السفل كما تثبت لأصحاب العلو إذا بيع السفل ، لأن ملاك الطبقات متجولرون فيحق لهم الأخذ بالشفعة بسبب الجوار (1) .

أما المالكية، والشافعية، والحنابلة قالوا : لا تثبت الشفعة فى العلو والسفل ، لأن البناء يرتكز على المسقف، والمسقف الذى هو أرض البناء لا يثبت له فكان كالمقولات إذ لا شركة بينهما ، لأن الحصص متميزة والشركة منتفية ، وهما جاران ولا شفعة للجار ، أما إذ كان السفل مشتركاً وأعله لإنسان فباع العلو مع حصته فى السفل تثبت الشفعة فى السفل خاصة (2) .

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه من أن الشفعة تثبت فى كل مال مشترك سواء كان عقاراً قبل القسمة أم لا ٢٠ منقولاً حيواناً أو غيره ، وذلك بما يلى: لقد استدل أصحاب هذا القول على ثبوت الشفعة فى العقار الذى يقبل القسمة به استدل به أصحاب القول الأول فنحيل إليه لعدم التكرار (3) .

---

2 / 398 ، 399 ، المنتقى 6 / 200 ، الشرح الصغير مع بلغة السالك 2 / 211 ، النخبة 7 / 280 ، روضة الطالبين 5 / 69 - 70 ، الجلال المحلى 3 / 43 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 499 - 500 ، المغنى 7 / 150 ، الحدة 276 ، أعلام الموقعين 2 / 139 ، الملكية للشيخ على الخفيف 280 .

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 164 ، بدائع الصنائع 5 / 18 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح اللدير 9 / 404 .

(2) يراجع : حاشية الدرر 3 / 481 ، المعونة 2 / 229 ، الوجيز للغزالي 175 ، حاشيتى تليوي وعميرة 3 / 43 ، أسنى المطالب 2 / 364 ، كشاف القناع 4 / 140 ، الإنصاف 6 / 259 ، المغنى 7 / 150 .

(3) يراجع من : 345 ، 346 .



واستدلوا على ثبوت الشفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة بم استدل به أصحاب القول الثاني (1).

واستدلوا على ثبوت الشفعة في المنقولات بما يلي :

1 - ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم " (2).

فهذا الحديث عام يتناول المنقول من حيوان وغيره من ثياب وجوهر وآلات لا يمكن قسمتها وكذا العقار ، لأن " ما " من صيغ العموم فتثبت في المنقول كما ثبتت في العقار .

2 - ضرر الشركة ثابت في كل شيء ، وإن كان في العقار أظهر ، وهو فيما لا يقسم أشد منه فيما يقسم ، ومن المنقول ما لا يتصور قسمته كالحیوان ، وماتضره القسمة كالجوهر ، والشفعة في ذلك أظهر حيث إن سبب مشروعية الشفعة رفع للضرر وهو ثابت في العقار ، والمنقول ، ولا يقتصر على العقار ، ولأن المصلحة في ثبوتها في المنقول واضحة ظاهرة ، ففي ثبوتها دفع الضرر بين الشركاء ، وليس للضرر في أحدهما بأشد من الضرر الآخر ، والرسول " صلى الله عليه وسلم " يقول " لا ضرر ولا ضرار " (3).

ويقول : حيث ثبتت المصلحة فثم شرع الله ، وقال ابن حزم الشفعة واجبة في كل شيء (4).

والسلم به فقها ومنطقا أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، وربما لا يقل ضرر الدخيل في المنقول عن ضرره إذا كان المبيع عقارا ، فالضرر يثبت في المنقول كما هو في العقار .

---

(1) إراجع ص : 347 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص : 319 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص : 173 .

(4) إراجع : المحلى 8 / 3 مسألة 1595.

وقال المالكية : تثبت الشفعة فى المنقول من الخضر والفواكه مما له أصل يبقى فى الأرض وقتا ما إذا بيع منفردا عن أصله ما لم يبيع بعد العقد وقبل الأخذ بالشفعة .

وما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم - أن الشفعة فى كل شرك " ، ليس فيه أنه لا شفعة إلا فى هذا فقط ، وإنما فيه إيجاب الشفعة فى هذه الأشياء دون التعرض لكون ما عداها فيه للشفعة أولا ، وذكر بعض أفراد العلم لا يقصره عليه ، والأحاديث مع ثبوتها فهى مفاهيم ولا تقاوم منطوق ، وهو قوله " صلى الله عليه وسلم " الشفعة فى كل شيء " فى رواية من حديث جابر السليق ، ويقول ابن حزم " كيف والحنفىون ، والمالكيون ، والشافعيون والمخالفون لنا فى هذا وهم أصحاب قياس ، فهلا قاسوا على حكم الأرض والبناء وسائر الأملاك بعلة الضرر ودفعه<sup>(1)</sup> .

فللشريك فى الماشية كما فى القرى والسيارة والكشك الصغير لبيع الصحف ونحوه أخذ نصيب شريكه إذا باعه لأجنبى مادام سيدفع الثمن الذى دفعه الأجنبى ، والتعلل بالحرية فى التصرف يعتبر تعنتا لا ينبغى أن تعين عليه الشريعة بأى حال<sup>(2)</sup> .

وأرى أن هذا القول هو الراجح لقوة أدلتهم ، ولأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك وبمستوى فى ذلك العقار والمنقول .

(1) يراجع : المحلى 8 / 8 .

(2) يراجع : المعونة 2 / 228 ، الشرح الصغير وبإخاء المالك 2 / 213 ، الذخيرة 7 / 301 ، حاشية الدسوقي 3 / 480 ، المغنى 7 / 150 ، الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 192 ، أعلام الموقعين 2 / 139 ، المحلى 8 / 8 ، البحر الرزخار 5 / 4 ، السيل الجرار 3 / 172 ، الروض للتنوير 3 / 342 ، فقه الإمام جعفر 4 / 124 ، شرائع الإسلام 3 / 253 ، الروضة الندية 2 / 127 ، شرح كتاب التليل 11 / 331 - 334 ، سيل السلام 5 / 154 ، 155 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 189 وما بعدها ، الملكية للشيخ على كخفيف 281

## المطلب الثاني

### شروط استحقاق الشفعة في القانون الوضعي

تقديم :

الشفعة ليست سببا لاختياريا من أسباب الملك ، بل تعد من قبيل نزع الملك جبرا عن صاحبه ، فلذا كان من الواجب التمسك في شروطها .  
ولقد وضع فقهاء القانون الوضعي شروطا يجب توافرها حتى يستحق الشفيع لأخذ المبيع بالشفعة ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط سقط حق الشفيع في طلبه الأخذ بالشفعة ، وهذه الشروط متعددة منها ما هو متعلق بالشفيع ، ومنها ما هو متعلق بالتصرف الذي يجيز الأخذ بالشفعة ، ومنها ما هو متعلق بالشيء المشفوع فيه ، وهذا ما أوضحه فيما يلي بشيء من التفصيل :

**أولا : الشروط التي تتعلق بالشفيع :**

1 - أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت البيع إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة : لقد أوجب المشرع الوضعي لاستحقاق الشفيع للشفعة أن يكون مالكا لما يشفع به وقت هذا البيع ، سواء كانت هذه للملكية تامة أو شائعة <sup>(1)</sup> ، أو اقتصر على الرقبة أو حق انتفاع ، أو حق حكر <sup>(2)</sup> .

---

(1) للملكية الشائعة : هي الملكية المشتركة بين عدة أشخاص دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه ، ويقع حق كل منهم على هذا الشيء جميعه ، ويقتصر في الوقت ذاته على نسبة معينة فيه ...

يراجع : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكي 113 .

(2) حق الحكر هو : حق عيني يترتب على أرض معينة ، يخول لصاحبه وهو المحتكر الإنتفاع بالأرض المحكرة بالبناء عليها أو للفراس فيها أو بولية وجوه أخرى في مقابل أجره معينة . يراجع : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكي 616 .

وأن يكون هذا الحق ثابتاً له وقت البيع للعقار المشفوع فيه ، فلا تجوز الشفعة لغير المالك كالمستأجر ، والمستعير ، والمرتهن ، وإن طالّت المدة (1).

إلا أنه قد رأى بعض فقهاء القانون الوضعي أن تعبير ، أن يكون الشفيع مالكا.... غير شامل : حيث أثبت المشرع الوضعي حق الأخذ بالشفعة في صور أخرى غير الملك ككبوته لصاحب حق الانتفاع ، والمستحجر - صاحب حق الحكر - في بيع ملك الرقبة ، فالتعبير الدقيق ، هو : وجود حق الشفيع على العقار المشفوع به (2).

ويشترط في حق الشفيع الذي يشفع به إذا كان ناشئاً عن تصرف قانوني صادر إليه كعقد بيع ، أن يكون هذا العقد مسجلاً وقت البيع للعين المشفوع فيها ، لأنه بمقتضى قانون التسجيل الجديد ، لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

فلذا لا تجوز الشفعة لو كان هذا التصرف غير مسجل ولو كان ثابت التاريخ قبل البيع ولو حصل على حكم بصحة التعاقد ما لم يتم تسجيله ، أو التأشير به قبل البيع المشفوع فيه .

إلا أنه قد ذهب فريق من فقهاء القانون الوضعي إلى أنه يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة ولو كان عقد البيع الذي تملك به غير مسجل (3).

فإذا كان حق الشفيع الذي يشفع به ناشئاً عن وضع يده على العقار ، ولم يكن قد استكمل مدة الوضع المكسب للملكية ، فلا يجوز له الأخذ بالشفعة ، وكذلك لو كان ناشئاً عن التقادم فلا بد من استكمال المدة قبل البيع المشفوع فيه .

أما إذا كان حق الشفيع ناشئاً عن واقعة قانونية بأن كان وارثاً ، وتلقى حق على العقار الذي يشفع به بالإرث نتيجة وفاة المورث ، فالوارث يتلقى حقه من تاريخ

---

(1) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 120 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 224 لسنة 58 ق نقض مدني جلسة 1995/5/23 ، طعن 1458 لسنة 57 ق نقض مدني جلسة 1992/5/7.

(2) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 120.

(3) يراجع : الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 576 .

الوفاة ، فيجب أن تكون هذه الواقعة القانونية المنشئة لحق الشفيع متحققة قبل البيع المشفوع فيه .

ولقد ثار خلاف وجدل بين الفقه القانوني المصري حول توريث الشفعة :  
ف رأى البعض جواز توريثها ، ورأى آخرون سقوطها بموت الشفيع .  
وظهر هذا الخلاف فى أحكام القضاء ، فذهبت بعض الأحكام إلى انتقاله إلى الورثة وقضت أغلبها بسقوط حق الأخذ بالشفعة بموت الشفيع .  
وتردد هذا الخلاف عند وضع قانون الشفعة الجديد بين مؤيد ومعارض ، وانتهى بترك الوضع إلى اجتهاد القضاء ، واستمر الخلاف فى القانون الجديد كما كان قبل العمل به. وانقسم فقهاء القانون الوضعى بين مؤيد قائل بانتقاله ، وبين معارض مناد بسقوطه ، ولأخذت محكمة النقض وأيدت أن الشفعة تنتقل إلى الورثة ولو توفى الشفيع قبل رفع الدعوى أو قبل إيداء الرغبة فى الشفعة ، لأنه حق مالى يجرى فيه التوارث<sup>(1)</sup> .

ولا يكتفى أن يكون حق الشفيع على عقاره الذى يشفع به موجودا وقت البيع المشفوع فيه ، بل يجب أن يستمر قيام هذا الحق للشفيع حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة ،

وتحديد وقت ثبوت الشفعة للشفيع محل خلاف بين فقهاء القانون نأشئ عن الخلاف حول تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري فى عقد البيع المشفوع فيه أو وقت تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه .

---

(1) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / السنهورى 9 / 580 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد قنايسر الططار 223 وما بعدها . الملكية. المحاماة العدد الأول سنة 2001 ص 50 ضمن رقم 254 لسنة 69 جلسة 9 / 12 / 1999 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 349 وما بعدها ، حق الملكية د/ عبد المنعم البدر لوى 359 وما بعدها ، حق الملكية د/ تاشين الغاياتى 268 269 ط: 2004 م 2005 ، مجموعة أحكام محكمة النقض مجموعة عمر الثانية ص 575 ، نقض مدنى جلسة 8 / 6 / 1939 قاعدة 189 ، طعن رقم 311 لسنة 23 ق نقض مدنى جلسة 7 / 3 / 1957م.

والرأى الراجح : أن يظل الشفيع مالكا حتى تسليم المشتري بالتراضى ، أو بوقت الحكم للشفيع بالشفعة فى حالة التقاضى .

ولو انتقل أو زال هذا الحق قبل ثبوت الشفعة للشفيع بالتراضى أو التقاضى ، فلا تجوز الشفعة حتى ولو كان حق الشفيع قائما وقت بيع المشفوع فيه .  
فلو كان سند ملكية الشفيع معلقا على شرط فاسخ أو قابلا للإبطال كتولي القاصر للعقد فيجوز الأخذ بالشفعة ، لأن له على العقار ملكية حالة ، وإن كانت معرضة للزوال عنه ، وإن تحقق الشرط أو حكم بالإبطال قبل ثبوت الشفعة ، فلا تجوز الشفعة .

أما إذا كان سند ملكية الشفيع معلقا على شرط وقف أو عقد باطل أو صورى فلا يحق له جلب الأخذ بالشفعة ، ولو تحقق الشرط قبل الأخذ بالشفعة ، لأنه لم يكن مالكا وقت البيع ولا عبرة بالأثر الرجعى لتحقيق الشرط لأنه مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له فى نطاق الشفعة .

وبكذلك لو كان الشفيع يشفع فى بيع عقار مجاور ثم نزعت ملكيته للمنفعة العامة قبل ثبوت الشفعة ، فلا شفعة له <sup>(1)</sup>.

---

(1) يراجع : الوسيط د / السهوى 9 / 580 وما بعدها ، الوجيز فى الحقوق للميزة الأصلية د/ محمود زكى 393 - 396 ، 446 - 452 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 349 - 356 حق الملكية د / عبد المنعم البدرأوى 359 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطر 223 وما بعدها ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 576 - 582 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 120 وما بعدها ، الشفعة فى ضوء أحداث الآراء والأحكام .  
د/ مصطفى هرجة 69 ، مجموعة أحكام محكمة النقض للسنة السائسة والأربعون لسنة 1995 ص 224 ( جلسة 23 / 5 / 1995 ) لسنة 58 ق ( مجموعة أحكام محكمة النقض 5 / 145 ( نقض 4 / 4 / 1946 رقم 58 ) ، مجموعة أحكام محكمة النقض مجموعة محمود عمر ط : دار الكتب ، دار النشر للجامعات المصرية طعن رقم 209 نقض مدنى جلسة ( 22 / 2 / 1945 ) 4 / 568.

## 2- أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

يشترط في الشفيع الذي له الحق في الأخذ بالشفعة ألا يكون ممنوعاً من الأخذ بها أو من شراء العقار المبيع ، لأنه بتمام الشفعة يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 945 من القانون المدني ) ويصير كما لو كان هو المشتري فلذلك لا تجوز الشفعة لشخص منعه القانون من الشراء ، والممنوعون من الشراء هم :

أ - **الوقف** : فإذا كان الشفيع وفقاً فلا يجوز له الأخذ بالشفعة بمقتضى نص المادة 939 الفقرة الثانية من القانون المدني ( ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة .. ) . فإذا بيع عقار مجاور لعقار موقوف أو بيعت حصة شائعة في عقار كانت حصة أخرى فيه موقوفة ، فلا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة على أساس الجوار أو الشركة في الشيوع ، لأن الشفعة لا تكون إلا من ناظر الوقف ، أو من الموقوف عليه ، وكلاهما ليس مالكا للعقار الموقوف ليحوز له أن يشفع به . ولكن لو بيع العقار الموقوف في حالة الاستبدال جاز للشريك أو للجار غير الوقف أخذه بالشفعة ، لأنه مالك للعقار الذي يشفع به <sup>(1)</sup> .

ب- **ألا يكون الشفيع نائباً عن الغير في بيع العقار المشفوع فيه** : لأنه ممنوع من شرائه بمقتضى نص المادة 479 من القانون المدني ، فلا يجوز له طلب الشفعة ، لتعارض المصلحة ، لأنه يكون نائباً في البيع ، أصيلاً في الشراء ، ولو توافرت شروط الشفعة ، لأن حماية الأصل تقتضي المنع ، فربما يتواطأ مع المشتري بثمن بخس ، وكذلك المسامرة والخبراء يمتد المنع إليهم ( م 480 مدني ) .

---

(1) يراجع : الوسيط في شرح القانون المدني د / السنهوري 9 / 593 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 224 ، 225 ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكي 454 ، 455 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسي 4 / 128 ، القانون المدني د / عبد المنعم البرلوي 450 ، الشفعة في ضوء أحدث الآراء والأحكام م / مصطفى هرجة 87 ، حق الملكية د / لامين الغايتي 271 .

ج- ألا يكون الشفيع من أعضاء النيابة العامة أو القضاة أو المحامين أو كتبة المحاكم أو المحضرين : فهؤلاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع عليها الداخلة في دائرة اختصاصهم بمقتضى نص المادة 471 من القانون المدني ، وذلك حماية للمتناقضين من استغلال النفوذ ، وحماية رجال القضاء بإبعادهم عن الشبهات .

وذهب بعض فقهاء القانون إلى جواز الشفعة ، لأن القاضي أو المحامي ... الذي يريد الشفعة لا يقصد المضاربة ، وإنما يرغب في إبقاء الضرر الذي شرعت من أجله الشفعة وحرمانه من هذا الحق حرمان من حق مشروع أو جده المشرع الوضعي لجميع الناس ، ولم يستثن موظفي الحكومة . ولقد رجح بعض فقهاء القانون القول الأول بمنع للشفعة درءاً للشبهات ومنعا من المحاباة <sup>(1)</sup> .

د- ألا يكون الشفيع يملك خمسين فدانا أو مائة فدان هو وأسرته : فليس له أن يأخذ أرضا زراعية بالشفعة ، لأنه يترتب على الأخذ بها زيادة الملكية عن الحد الأقصى لملكية الأراضي الزراعية وما في حكمها من أراضي بور أو صحراوية وذلك بمقتضى القانون رقم 50 لسنة 1969م <sup>(2)</sup> .

3 - أن يكون الشفيع أهلا للتصرف ، لأنه محل المشتري في البيع الذي أبرمه <sup>(3)</sup> ولأن الشفعة بالنسبة له أثر من البيع ، والأب ولي طبيعي بقوة القانون

---

(1) يراجع : الوسيط د / المنهوى 9 / 590 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطار 225 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 576 ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د/ محمود زكي 452 ، 453 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 128 ، 129 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدرولى 366 ، حق الملكية د / لاثين الغاياني 270 .

(2) يراجع : الموجز في القانون الزراعي د / عبد الحميد عثمان الحفني 41- 44 ط : 1990 ، المكتبة العالمية بالمنصورة - الشفعة في ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 76 ، الوسيط د/ المنهوى 9 / 590 . شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطار 225.



قله أن يأخذ بالشفعة نيابة عن ابنه الصغير ، لما غيره كالجدة والوصى فلا بد من إذن المحكمة <sup>(1)</sup> .

**ثانيا : الشروط التي تتعلق بالتصرف المشفوع فيه :**

1- أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا :

الأصل أن عقد البيع وحده هو الذى يقيم الحق فى الأخذ بالشفعة ، لأن أن هناك بعض البيوع لا تقيم الحق فى الشفعة على سبيل الاستثناء <sup>(2)</sup> .

فقد البيع الذى يحيز الأخذ بالشفعة هو : العقد الذى يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدي ( مادة 418 مدنى ) .

لأن عقد البيع تصرف قانوني صادر من الجانبين وناقل للملكية بعوض .

والحكمة فى قصر العقود التى تجيز الشفعة على عقد البيع تكمن فى أن البائع لا مصلحة له فى أن يشتري منه شخص بالذات حتى يستوى لديه أن ينتقل العقار المشفوع فيه إلى ملك المشتري ، أو ملك الشفيع .

أما إذا انتقلت الملكية بغير تصرف قانوني كالميراث، والتقديم، والإلتصاق <sup>(3)</sup> ، أو انتقلت الملكية بتصرف قانوني من جانب واحد كالوصية ، أو من جانبين ولكنها بغير عوض كالهبة ، أو كانت الهبة بعوض ولكن قيمة العوض قليلة بالمقارنة بقيمة

---

(1) يرجع : حق الملكية أ . د / لامين لغايتي 268 .

(2) لقد استثنى القانون المدني بعض البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة بمقتضى نص المادة 939 مدنى منها ، البيع بالمزاد العلني الذى يتم وفقا للإجراءات التى رسمها القانون ، والبيع الذى يتم بين الأصول والفروع أو بين الزوجين، أو الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ، وإذا بيع العقار ليحل محل عبادة أو يلحق بمحل عبادة ، والأرض المملوكة للدولة ملكية خاصة، والأرض الموزعة على صغار الفلاحين وفقا لقانون الإصلاح الزراعي . يرجع : مجموعة الأعمال للتوضيرية 6 / 403 ، الوسيط د / الملهوى 9 / 524 ، حق الملكية د / عبد المنعم البرلاوى 384 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 421 هامش 1 .

(3) الإلتصاق هو : اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر وملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج . يرجع : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 342 .

الشيء الموهوب فتظل هبة في الحقيقة " وذهب بعض فقهاء القانون إلى جواز الأخذ بالشفعة إذا كانت بعوض كبير وأن يدفع الثمن الحقيقي لا العوض المسمى في العقد <sup>(1)</sup> .

فمثل هذه التصرفات التي انتقلت فيها الملكية بغير عوض ، أو انتقلت الملكية بغير تصرف ، أو انتقلت الملكية بعوض غير البيع كالقسمة ، والصلح ، والشركة ، والوفاء ، بمقابل فلا تجوز الشفعة ، لأنه لا يوجد بيع يتضمن ثمنًا ، فالقسمة مثلا كاشفة عن الملك لا نقالة ، وكذلك الصلح كاشف لا ناقل ، والوفاء فيه معنى استيفاء الدين <sup>(2)</sup> .

## 2- أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا حقيقيا له وجود قانوني :

فإذا كان التصرف المشفوع فيه وعداً بالبيع ، أو بيعا باطلا فلا تجوز الشفعة ، لأنه بيع منعدم ، ولا يكون البيع قائما في الحالتين .

أما إذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ أو قابلا للإبطال كبيع القاصر ، أو شرط ولف فتجوز الشفعة على وفق للرأي للراجح <sup>(3)</sup> .

لأنه قبل الحكم بالإبطال أو تحقق الشرط الفاسخ أو الواقف فالبيع له وجود قانوني فإذا تحقق الشرط زال البيع والشفعة ، وإذا تخلف صار باتا واستقرت الملكية ، وكذلك التقايل يعد فسخا للبيع بالتراضى واعتباره كأن لم يكن ، فإذا حصل بعد

---

(1) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 156 ، الوجيز في الحقوق العينية د/ محمود زكي 408 هامش 4 ، حق الملكية د ، لاثين الغاياني 273 .

(2) يراجع : الوسيط د / السهوري 9 / 493 ، 494 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدر لوى 378 شرح أحكام حق الملكية د/ عبد الناصر العطار 195 ، 199 ، الموجز في أحكام القانون المدني د/ حسن كيرة 583 - 586 ، حق الملكية د / لاثين الغاياني 273 .

(3) ولقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى عدم جواز الشفعة في البيع المعلق على شرط ولف ليس لعدم نفاذه ، ولكن لأن وجوده القانوني غير كامل ، إلى أن يتحقق الشرط . يراجع : الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 588 . شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 196 هامش 5 .

للشفعة، فلا يتأثر حق الشفيع في طلب الشفعة ، وإذا تم قبل الشفعة فقد زال البيع وأصبح له وجود قانوني ، ومن ثم فلا تجوز الشفعة (1) .

وينبغي التأكد والاستيثاق من وجود بيع حقيقي حتى يستحق الأخذ بالشفعة ، ومع ذلك قد يلجأ البائع والمشتري إلى وصف العقد بوصف آخر حتى يفوتا على الشفيع حق الشفعة كأن يوصفا العقد بأنه هبة ، أو يهب البائع للمشتري جزءا صغيرا من الأرض المبيعة ، يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفيع ، ففي هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت الحقيقة بكافة طرق الإثبات ليتمكن من إعمال أحكام الشفعة ، ويستحق أخذ كل الأرض بالشفعة بما فيها الجزء الموهوب في الظاهر ، وإن كان بعض الفقهاء أجاز للمشتري أن يحتج بالعقد الحقيقي على الشفيع ليحرمه من الشفعة.

وينبغي أن يظل البيع قائما إلى حين إعلان الرغبة في الشفعة ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ أو حكم بإبطال البيع ، أو تم التقليل فلا تجوز الشفعة (2) .

### 3 - أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا تاما :

فيشترط في البيع المشفوع فيه أن يكون قد انعقد تاما وأصبح ملزما لطرفيه ، ولا ينتقص من تمام العقد كونه عقدا ابتدائيا ، لأنه بيع بات وتام ولو لم يسجل ، وتسرى مواعيد الشفعة من وقت إبرامه سواء اقترن البيع الابتدائي بعريون أم لم يقترن فتجوز الشفعة فيه ، وكذا في البيع النهائي ولو لم يسجل ، لأنه بيع بات

---

(1) يرجع : الوسيط د / السنهوري 9 / 508 ، 509 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 586 - 590 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 168 - 173 ، حق الملكية د / لاثين الغاياتي 274 .

(2) يرجع : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود كمال فدين زكي 411 - 415 ، حق الملكية د / عبد المنعم البهراوي 378 وما بعدها .

والتسجيل ليس ركنا في البيع ، ولا يوجد نص تشريعى يستلزم التسجيل للبيع للأخذ بالشفعة <sup>(1)</sup> .

### ثالثا : الشروط التى تتعلق بالشئ المشفوع فيه :

#### 1- أن يكون المشفوع فيه عقارا :

بمقتضى نص المشرع الوضعى فى تعريف للشفعة فى المادة 935 من القانون المدنى يشترط أن يكون المشفوع فيه عقارا سواء كان أرضا أم بناءا على أرض ، أو بناءا مستقلا عن الأرض كبيع شقة فى عمارة دون الأرض ، أو بيع المنفعة أو المحتكر الذى أقامه على الأرض التى له عليها حق الانتفاع أو الحكر قبل القسمة أو لم يقبلها .

وكذا تثبت الشفعة فى العقار ولو كان عقارا بالتخصيص كأثاث فندق بيع مع العقار المخصص لخدمته تبعا له .

أما إذا كان المشفوع فيه منقولاً سواء كان منقولاً بطبيعته كالسيارة ، والسفينة ، أو منقولاً بحسب المآل كبناء معد للهدم ، أو أشجار معدة للقطع ، فلو بيعت هذه الحصة فلا يجوز للشريك أن يطلب أخذها بالشفعة ، وإن كان له حق الاسترداد <sup>(2)</sup> وكذلك لا تجوز الشفعة فى عقار بالتخصيص بيع مستقلا عن العقار المخصص لخدمته كأثاث الفندق ، وكذا المزرعة وما فيها من آلات ومواشى ، فهذه المنقولات الموضوعة فى العقار لخدمته أو استغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص ، فالتصرف

---

(1) يراجع : حق الملكية د / عبد المنعم البدر لوى 381 وما بعدها ، الوسيط د /، السنهورى 9 / 520 - 512 . شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المظفر 197 . الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كبره 591 - 594.

(2) حق الاسترداد هو أن يسرد الشريك الحصة الشائعة التى باعها شريكه فى المال الشائع ، ونطاقه المنقول أو المجموع من المثل ولو احتوى عقارا كالتركة ، والمحل للتجارى ، فلو باع الشريك لأجنبى كان لبقية اشركاء حق الاسترداد . يراجع : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 134 .

فى العقار يشملها ما لم تستبعد من البيع ، فإذا بيعت مستقلة فلا تجوز الشفعة فيها ، لأنها تكون قد علقت إلى صفقتها المنقولة ولا شفعة فى المنقول (1) .

## 2 - أن يأخذ الشفيع المشفوع فيه كله دون تجزئته :

لقد تضمن التقنين المدنى السابق والمشروع التمهيدى ( للتقنين المدنى الحالى نصا يقضى بعدم تجزئة العقار المبيع ، ومن ثم فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بعض المبيع المشفوع فيه دون البعض حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك . وحصل خلاف حول ذلك وانتهى إلى حذف النص وترك الأمر لاجتهاد القضاء (2) .

ومع ذلك ، ينبغى الأخذ بهذا المبدأ رغم غياب النص فى التقنين المدنى الحالى استنادا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التى يحيل إليها المشرع الوضعى عند عدم وجود نص فى القانون الوضعى ، وينبغى أيضا عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامى ، بل يأخذ القاضى من مبادئ الشريعة ما كان أكثر توافقا مع أحكام القانون الوضعى المصرى وعند عدم التواجد أو التوافق فلا مناص من ترك الأمر لاجتهاد القضاء بالرجوع إلى مبادئ العدل مع مراعاة الظروف ووقائع النزاع .

---

(1) يرجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 481 ، 482 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 195 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 215 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 345 ، حق الملكية د / لاثين الغالبى 280 ، 281 .

(2) يرجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 483 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 596 وما بعدها ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 396 وما بعدها ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 221 ، ولقد أخذت محكمة النقض بأنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بعض المبيع دون البعض حتى لا يضار المشتري بتبعض الصفقة طعن 1585 لسنة 56 فى نقض منلى جلسة 1985/4/9م . طعن 1644 لسنة 51 فى جلسة 1987/28/4م .

**فإذا تعددت العقارات المبيعة صفقة واحدة وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة فيها جميعاً:** فيجب على الشفيع أن يأخذ المبيع كله ، ولا يجوز أن يقتصر على البعض دون البعض منعاً من تفريق الصفقة على المشتري .

وتعتبر الصفقة واحدة إذا كانت العقارات متلاصقة أو متفرقة ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث يكون استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع ، كعدة أراضي زراعية مخصصة لزراعة القطن لخدمة مطح للقطن ، أو قطعة أرض مخصصة لإقامة مدرسة ، والآخر المنفضل معد لمساحة ألعاب لتلاميذها .

فإذا لم تتوفر شروط استحقاق الشفعة إلا في بعض العقارات اقتصر حق الشفيع على طلبة للشفعة للمعار أو العقارات التي توافرت فيها الشروط ، إلا إذا رأى المشتري أن في تفريق الصفقة على هذا الوجه ضرراً فاحشاً ، وإن يتمكن من الاستفادة من الباقي أو استغلالها فله أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع الجميع ولو لم تتوفر الشروط بالنسبة لبعضها ، ويحرم للشفيع من حقه ما لم يتراض مع المشتري ويصبح بالخيار بين أخذ الكل أو ترك الكل .

وقال بعض فقهاء القانون لا تجوز الشفعة أصلاً لعدم إمكان الأخذ في العقارات التي لم تتوفر فيها الشروط ، وفي أخذ من توافر فيه الشروط تجزئة للصفقة على المشتري .

وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد في صفقات متعددة فلا مجال لتطبيق مبدأ عدم التجزئة للصفقة ، وإذا تعدد الشفعاء وكانوا من درجة واحدة أو من طبقات مختلفة ، تعين على كل منهم أن يطلب الصفقة كلها ولا يقتصر على جزء يذنب حصته ، لاحتمال لا يطلب الشفعة غيره ، وليس للمشتري جبر الشفيع على أخذ حصته فقط ، لأن تفريق الصفقة عند التعدد تقرر لمصلحة الشفيع أيضاً ، فإذا طلب الكل أخذه ، ولو طلب الجزء بطل حقه .

فإذا تعدد المشترون للعقار وكان لكل حصة شائعة فيه ، فالبيع صفقة واحدة ولا تجوز الشفعة إلا في العقار كله ، وليس للشفيع أخذ حصة بعض المشتريين دون البعض ، وقيل : هذا رأى ليس له سند تشريعي ، وينبغي الأخذ بما يراه الفقه الإسلامي من جواز أخذ حصة أحد المشتريين ، ولو عين لكل مشتر جزءاً مفرداً فيجوز للشفيع أن يأخذ من البعض دون البعض لأنها تعتبر بيوعاً متعددة<sup>(1)</sup>.

---

(1) يرجع : الوسيط د/ السجوري 9 / 486 وما بعدها ، الوجيز في الحقوق العينية د / محمود زكي 399 - 402 ، الموجز في أحكام القانون المدني د ، حسن كيرة 63 هامش 1 ، 601 ، 605 ، 632 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 232 - 233 ، مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة والأربعون ، ص 287 ، 288 ( طعن 1837 لسنة 60 ق 1995/3/29 ، ضمن 1995 لسنة 55 جلسة 1995 / 2/9 ، مجموعة أحكام النقض 5 / 615 رقم 3100 ، نقض 1954 / 2/18 ، ونقض 1965 / 1/14 ح 52 / 6 ، حق الملكية د / لاشين 262 ، 281 ، طعن 1458 لسنة 47 ق نقض مدني جلسة 7 / 1992/5/1992 ، طعن 1685 لسنة 56 ق جلسة 1987 / 4/28





## المطلب الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط استحقاق الشفعة

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما  
يلتئى:

1 - لقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من اشتراط  
كون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت البيع إلى وقت ثبوت الحق فى  
الشفعة .

2 - وكذلك اتفقوا على أنه لا شفعة للوقف، ولا للمستأجر، ولا المستعير، ولا مابيع  
ليجعل مسجداً ، ولا فى البيع الفاسد، ولا الموقوف، ولا المعلق على شرط،  
ولا البيع بشرط الخيار .

3 - ولقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط كون  
الشفوع فيه مبيعاً ، أو عقد معاوضة، فتجوز الشفعة فى البيع، ولا تجوز فى  
انتقال الملك بغير عوض كالهبة ، والوصية ، ووافق القانون ما ذهب إليه  
الحنفية، والحنابلة، ومن وافقهم من عدم جواز أخذ الشفعة إذا كان التصرف  
بعوض غير البيع فلا بد وأن يكون معاوضة مال بمال ، فلا تجوز الشفعة فى  
القسمة ولا فى بدل الصلح ، ولا بدل الخلع ومهر المثل .

4 - ولقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط أخذ  
الشفيع المبيع كله ، وعدم جواز تجزئته منع لتفريق الصفقة على المشتري  
حتى لا يضر بذلك .

5 - وكذا وافق ما ذهب إليه الفقهاء من تعدد الشفعاء وتعدد الصفقة المباعة لمشتري  
واحد وتعدد المشترين .

6- ولقد انفرد القانون مخالفاً للفقهاء الإسلامى فى استحقاق المشتري الشفعة كلها إذا كان شقيقاً ، ويتقدم على من فى درجته ومن هو دونه بينما ذهب الفقهاء الإسلامى إلى أنها توزع على الشفعاء بقدر حصصهم ، فلذا ينبغي أن يعدل نص القانون ليوافق أحكام الشرع لأن الشفعاء عند تعددهم يلحقهم ضرر وليس أحدهم أولى من الآخر . فى رفع الضرر عنه فلذا يجب أن توزع عليهم الشفعة بقدر حصصهم .

7- وفى القانون الوضعى تردد بين توريث حق الشفعة كما هو بين الحنفية وغيرهم وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، وأرى ترجيح توريثها كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء .

8- ولقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الحنفية، ومن وافقهم من جواز الشفعة فى العقار مطلقاً قبل القسمة أم لا ، والمنقول التابع للعقار ، وكذا فى عدم جواز الشفعة فى المنقول ، وأرى أنه من العدل رعاية المصلحة للجميع بأن تثبت الشفعة فى العقار والمنقول كما ذهب إلى ذلك طائفة من الفقهاء ، لأنه ربما لا يقل ضرر الدخيل فى المنقول عن ضرره إذا كان المبيع عقاراً .

9 - أن الفقهاء الإسلامى ليس فيه ما يمنع الموظفين من الأخذ بالشفعة بعد توافر شروطها ولا مجال لمنع الشفع من الأخذ بها ولو زاد ما يملكه عن خمسين فدانا ، أو كان نائباً عن الغير ، ولقد انفرد القانون الوضعى بذلك مخالفاً للفقهاء الإسلامى<sup>(1)</sup>.

وما ذهب إليه القانون الوضعى قريب فى مجمله لما ذهب إليه الفقهاء الإسلامى ولم لا ؟ وقد استمد القانون الوضعى أحكام الشفعة من الفقهاء الإسلامى .

---

(1) يراجع : الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف مرسى 190 ، 191 ، المبسوط للمرعى 113 ، 114 .

## المبحث الثالث من تثبت له الشفعة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : من تثبت له الشفعة فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : من تثبت له للشفعة فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازن بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

فيمى تثبت له الشفعة .

## المطلب الأول من تثبت له الشفعة فى الفقه الإسلامى

الذى يستحق الأخذ بالشفعة هو الشفيع وبعض الفقهاء يعبر عنه الشافع .

### تعريف محل النزاع :

لقد اتفق للفقهاء على أن الشفيع الذى يثبت له حق الأخذ بالشفعة هو الشريك الذى له حصة شائعة فى ذات العقار المبيع مادام لم يقاسم - أى شريكا فى الملك <sup>(1)</sup> ، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فى الشريك الذى قاسم إذا بقى له حق من حقوق العقار المبيع <sup>(2)</sup> ، والجار الملاصق فى ثبوت الشفعة لهما وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه الجمهور من " الصحابة ، والتابعين ، والفقهاء ، عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان ، وعلى بن أبى طالب ، والأوزاعى ، والليلث ، وأبو

---

(1) يراجع : المبسوط للرمضى 14 / 91 ، بدلية المجتهد 2 / 396 ، البيان العمرانى 7 / 101 الوجيز للغزالي 175 ، المغنى 7 / 144 ، المحلى 8 / 28 ، السيل الجرار 3 / 172 ، الروضة الندية 2 / 127 ،

النيل 11 / 336 ، نيل الأوطار 5 / 397 ، منن البيهقى 6 / 105 ، الإجماع لابن المنذر ص 95 رقم 509

(2) حقوق العقار المبيع : الحقوق : المرافق ، والمرفق : كل ما ينتفع به ويستعان ، وحقوق المبيع حقوق الأرض وهى تقع على الطريق أو الممر أو مجرى الماء، أو مطرح للقمامات، ونحو ذلك . يراجع :

المعجم الوسيط 210 ، 386 ، مغنى المحتاج 2 / 109 ، الجلال المحلى 2 / 225 .

ثور ، وابن المسيب والزهرى <sup>(1)</sup> وإسحاق ، وابن المنذر ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة في قول والظاهرية ، وبعض الزيدية ، والإمامية " إلى أن حق الشفعة في العقار لا يثبت إلا للمشارك في ذلك العقار الذي لم يقاسم ، أما الشريك الذي قاسم فأصبح جارا ولا شفعة للجار ، ولا للشريك في حق من حقوق المبيع كالطريق الخاص ، إلا الظاهرية قالوا : تثبت الشفعة للشريك في حق من حقوق العقار إذا كان طريقها واحداً ، لأن الحدود لم تضرب والقسمة لم تتم <sup>(2)</sup>.

**القول الثالث:** " ذهب إليه الحنفية ، والحنابلة في قول، وبعض الزيدية ، والإباضية ، ومن التابعين للنخعي والثوري ، وشريح القاضى <sup>(3)</sup> والحسن

(1) الزهرى هو : أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب بن زهرة بن كعب بن لؤي القرشي الزهرى المدني، ويقال له تارة الزهرى وتارة ابن شهاب وهو تابعي صغير، أول من دون الحديث سمع من الصحابة: أنس بن مالك، ولأما، وسهل بن سعد وغيرهم ، وسمع من كثير من التابعين وروى عنه أبو حنيفة ومالك، وعطاء، وهما من شيوخه والأوزاعي، والليث ، وغيرهما ، كان من أحفظ أهل زمانه ، حفظ القرآن في ثمانين ليلة ، كان فيها فضلاً له نحو ألفي حديث، توفي " رحمه الله تعالى" سنة 124 هـ هو ابن 72 سنة بالشام . يراجع : شذرات الذهب 1 / 162 ، البداية والنهاية 9 / 340 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 105 - 107 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 396 ، الخيرة 7 / 318 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 211 المعونة 2 / 227 ، مسالك الدلالة 260 ، البيان العمالي 7 / 101 ، 102 ، روضة الطالبين 5 / 72 ، الجلال المحلى 3 / 43 ، 44 ، الوجيز للغزالي 175 ، المغنى 7 / 144 ، الفروع 4 / 529 ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي 4 / 187 ، الإنصاف 6 / 255 ، المحلى 8 / 28 مسألة 1612 ، المسيل الجرر 3 / 172 ، نيل الأوطار 5 / 397 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 125 ، الروضة للتنبيه 2 / 127 ، شرائع الإسلام 3 / 254 ، 255 ، سبل السلام 3 / 156 ، سنن البيهقي الكبرى 6 / 105 .

(3) شرح القاضى هو : أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي الكوفي للتابعي أدرك النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يلقه ، وقيل : لقيه ولم يسمع منه ، روى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود وغيرهم ، وروى عنه النخعي ، والشعبي وقيس بن حازم ، وآخرون ، وتولى قضاء الكوفة ، والبصرة ، وقال على له أنت قضى العرب ، وانفقوا على فضله، وتوثيقه وزكاه فقه أطعمهم بالقضاء ، وقال : وليت للقضاء لعمر ، وعثمان وعلى ومعاوية وزيد بن معاوية، وعبد الملك إلى أيام الحجاج، توفي " رحمه الله تعالى" سنة 78 هـ هو ابن مائة وعشرين سنة . يراجع : البداية والنهاية 9 / 22 ، وما بعدها ، طبقات ابن سعد 6 / 131 ، الأعلام 3 / 161 ، -

البصري، وابن أبي ليلى ، وابن سيرين وقتادة <sup>(1)</sup> " إلى أن حق الشفعة يثبت للشريك في ذات العقار المبيع، وللشريك في حق من حقوقه كالطريق والجار الملاصق ولو بشير <sup>(2)</sup> .

سبب اختلاف الفقهاء : لعل سبب اختلاف الفقهاء يرجع إلى ورود أحاديث متباعدة في هذا الموضوع واختلافهم في العلة التي من أجلها شرعت الشفعة هل هي مؤنة القسمة كما ذهب إلى ذلك الجمهور أم لدفع ضرر الجوار كما يرى الحنفية ومن وافقهم " .

### الأدلة

#### أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول " جمهور الفقهاء " على ما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للشريك في ذات العقار وعدم ثبوتها للشريك في الحقوق أو الجار بالسنة ، والمعقول :

---

<sup>(1)</sup> شذرات الذهب 1 / 85 - 86 ، وفيات الأعيان 2 / 640 - 643 رقم 290 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 232 .

(1) قتادة هو : أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن قنادة بن عزيز الدوسي البصري التابعي، ولد أعمى وسمع أنس بن مالك ، ولأبا الطفيل، وابن المسيب، وغيرهم ، روى عنه سليمان التميمي، والأعمش، وشعبة والأوزاعي ، وكان أحفظ أهل البصرة وأعلمها ، وما سمع شيئا إلا حفظه ، ولد سنة 61 هـ وتوفي سنة 118 هـ ، " رحمه الله تعالى " . يرجع : الأعلام 5 / 189 ، البداية والنهاية 9 / 313 ، شذرات الذهب 1 / 153 ، 154 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 368 ، 369 .

(2) يرجع : المبسوط للمرخسي 14 / 91 وما بعدها ، للهداية وتكملة شرح فتح القدير وشرح العناية 9 / 369 وما بعدها ، مجمع الأثر 2 / 472 ، بدائع الصنائع 5 / 6 ، الاختصار 2 / 65 ، المغنى 7 / 144 ، الإصناف 6 / 255 ، البحر الزخار 5 / 6 ، 7 ، الروض النضير 3 / 342 ، نيل الأوطار 5 / 397 ، شرح كتاب النيل 11 / 336 - 338 ، مبدل السلام 3 / 156 .

من السنة :

1 - ما روى عن جابر - رضى الله عنه - قال : " قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (1) .

2 - ما روى عن جابر أيضا أن النبى - صلى الله عليه وسلم - " قضى بالشفعة فى كل شرك لم يقسم : ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به " (2) .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هذان الحديثان صريحان بشكل لا يقبل التأويل فى الدلالة على أن الشفعة تكون للشريك فحسب ، وأنه لا محل للجار ، لأنه ليس شريكا ، وبالتالي فالنصوص لا تشملها ، لأن الشريك إذا قاسم أصبح جارا والحديثان قد نفيا الشفعة بعد قسمة الأرض وحدها .

كذلك أيضا يدل هذان الحديثان على إثبات للشفعة فى غير المقسوم ، ونفيها عن المقسوم بعد أن تبين الحدود ، فالحدود بين الجارين واقعة ، والطرق مصروفة ، فإذا كانت الشفعة منفية لأن ما بينه وبين جاره مقسوم ووضح المعالم (3) .

من المعقول :

1- شرعت الشفعة لرفع الضرر الحاصل ، ففى حالة عدم ثبوتها للشريك فسيضطرب إلى المقاسمة ، وهذا أمر يدخل عليه الضرر نتيجة لنقصان ملكه بسبب إحداث

(1) الحديث سبق تخريجه ص 319 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص 319 .

(3) يراجع : نيل الأوطار 5 / 397 ، سبل السلام 3 / 156 ، بدلية المجتهد 2 / 397 ، البيان العمرائى 102/7 ، حاشية البجيرمى 3/ 541 ، 542 ، نهاية المحتاج 5 / 198 ، السيل الجرائ 3 / 171 فقه الإمام جعفر 4 / 125 ، الروضة للندية 2 / 128 ، 129 .

مرافق جديدة بعد أن كانت مرافق واحدة ، وهذا يسبب له مزيدا من التكلفة ،  
وهذه العلة خاصة بالشريك دون الجار .

2 - الشفعة لم تثبت للشريك الذي قاسم ، وقد أصبح جارا بعد مقاسمته ، فمن باب  
أولى الجار الذي لم يكن شريكا من قبل لم تثبت له .

3 - الشفعة تثبت على خلاف الأصل وهو عدم جواز أخذ مال الغير بغير رضاه ،  
لأمر هو عدم التضرر بالقسمة وللشركة من المشتري الجديد ، فلا يصح  
التوسع فيها، بل يجب للوقوف على ما ورد به النص، والضرر الحاصل لا  
يتحقق في الجار لأنه لم يقاسم وضرر القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه إلا  
بالشفعة ، أما مثل هذا الضرر - ضرر القسمة والشركة ليس متحققا بالنسبة  
للجار ، لأنه يمكن دفعه بالترافع إلى ولي الأمر فلا حاجة إلى الشفعة<sup>(1)</sup>.

4 - لقد فرق بين الشريك والجار ، ففي الشركة حقوق لا توجد في الجوار ، فالملك  
في الشركة مختلط ، وفي الجوار متميز .

ولكل من الشريكين حق المطالبة بالقسمة والمنع من التصرف فيكون لهما حق  
الشفعة بخلاف الجوار، ولا يزال ضرر الجار بإدخال ضرر على المشتري ، لأن  
الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار وعن المشتري ، فالمشتري يحتاج إلى دار  
يسكنها هو وعياله ، فإذا كان له حق الأخذ بالشفعة (ولنتزاع داره منه جبرا فيه  
إضرار بين ، وأي دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا ، وطلبه لدار لا جار لها  
متنذر متسر ، فكان من تمام حكمة الشفعة أن تسقط بوقوع الحدود وتصريف  
الطرق ، لئلا يضر الناس بعضهم بعضا ، ويتعذر على من أراد شراء دار لها جار

---

(1) يرجع : للخيرة 7 / 318 ، للمعونة 2 / 227 ، ملك الدلالة 260 ، بداية المجتهد 2 / 397 ، البيان  
المعالي 7 / 102 ، حاشية الجبرمي 3 / 541 ، 542 ، روضة الطالبين 5 / 72 ، المغني  
7 / 144 ، 145 ، كشف القناع 4 / 138 ، أعلام الموقعين 2 / 147 ، الأموال ونظرية العقد .  
د / محمد يوسف موسى 195 ، بحوث فقهية معاصرة د / ماجد أبو رحيبة 2 / 511 ، الملكية ونظرية  
العقد للإمام محمد أبو زهرة ص 153 .

أن يتم له مقصوده ، فلذا كان الشريك فى ذات العقار الذى لم يقاسم هو الذى تثبت له الشفعة (1) .

أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى " الحنفية ومن وافقهم " على ما ذهبوا إليه من أن الشفعة تثبت للشريك فى ذات العقار ، والشريك فى الحقوق والجار الملاصق إذا لم يكن للبائع شريك فى الملك أو فى حق من حقوقه بالسنة والمعقول :  
من السنة :

1 - ما روى عن جابر رضى الله عنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحد " (2) .

2 - ما روى عن الشريد بن سويد - رضى الله عنه - قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار فقال : " صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بسبقه ما كان " (3) .

3 - ما روى عن سمرة بن جندب - رضى الله عنه - عن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال : جار الدار أحق بالدار من غيره " (4) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث بظاهرها على ثبوت الشفعة للجار وذلك من حيث منطوقها فالجار الذى يشترك مع جاره فى مرفق ، أو طريق ، أو مشرب ، أو غير ذلك ، فهو شريك فى الحقوق و جار ، وكذلك تدل على ثبوتها للجار للعادى الذى هو غير شريك فى : من حقوق المبيع ، حيث إن من هذه الأحاديث ما يثبت الشفعة للجار

---

(1) تراجع : بدلية المجتهد 2 / 397 ، الذخيرة 7 / 318 ، المغنى 7 / 144 ، 145 ، كشاف القناع 4 / 138 ، المحلى 8 / 28 وما بعدها ، نيل الأوطار للشوكاني 5 / 397 ، منيل السلام للصنعلى

3 / 156 ، أعلام الموقعين لابن قيم 2 / 147

(2) الحديث سبق تخريجه ص : 320 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص : 320 .

(4) الحديث سبق تخريجه ص : 320 .



دون قيد ، فحديث سمره يفيد أن الذى يأخذ الدار كلها هو الجار ، أما الشريك فإنه يأخذ بعضها .

وإذا تعارض المطلق والمقيد ، فيحمل المطلق على المقيد إذا كان التعارض فى سبب الحكم ، وأحاديث الشفعة للجار وردت مطلقة فى بعض الأحاديث ومقيدة بعدم القسمة فى أخرى ، فلم يحملوا المطلق على المقيد بل أثبتوا للشفعة للجار مطلقا ولو لم يكن شريكا عملا بإطلاق حديث الجار أولى بسبقه <sup>(1)</sup> .

من المعقول :

1 - لفرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك ، وإن لم يكن بقدر واحد لأن الجار أولى بالشراء من الأجنبى ، وعصاه يلحقه ضرر من جواره ، فالحكم بالشفعة ثابت فى الشركة لإضافتها إلى ضرر المجاورة ، فحققة للمجاورة أولى بالثبوت فيها .

2 - الناس يتفاوتون فى المجاورة تفاوتاً فاحشاً حيث يرغب فى مجاورة بعض الناس لحسن خلقه ، ويرغب عن جوار البعض لسوء خلقه ، فلما كان الجار القديم يتأذى بالجار الحادث على هذا الوجه ، ثبت له حق الملك بالشفعة دفعا لهذا الضرر ، لأنه قد يقع بينهم من العداوة أو المحبة ما هو معهود ، والضرر بذلك دائم ومتأبد إن وجد ، ولا يندفع ذلك إلا رضا الجار ، فإن شاء أقر الدخيل على جواره له ، وإن شاء انتزع العقار بثمنه جبرا عنه واستراح من مفسدة هذا الجوار المتوقعة .

3 - قيل إن أضيق المسجون معاصرة الأضداد لأن الجار يضيق زرا بسوء طباع جاره إذا كان يضاره ، فالجار قد يسيء الجوار غالبا فيعلى الجدار ويتبع العثرات ، ويمنع ضوء النهار ، ويشرف على العورات ، وإثارة الغبار ،

---

(1) يراجع : نيل الأوطار 5 / 397 ، سبل السلام 3 / 156 ، المبسوط للسرخسى 14 / 90 وما بعدها  
تبيين الحقائق 5 / 239 ، 240 ، المغنى 7 / 145 ، بحث فقيه فى قضايا اقتصادية معاصرة  
د / ماجد أبو رجينة 2 / 513 ، 514 ، إرشاد الفقهاء للشوكاتى 2 / 479

ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، ولا يأمن جاره بوائقه ، وهذا مما يشهد به الواقع ، فلذا كان دفع هذا الضرر الذى ربما لا يقل عن ضرر الشريك تكون بالشفعة للجار أيضا <sup>(1)</sup> .

### المنافسة

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول :

ناقش الحنفية ومن وافقهم ما استدل به جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للشريك فى ذات العقار وعدم ثبوتها للشريك فى الحقوق ، ولا للجار ، بما يلى :

1 - الأحاديث تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة وباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما بعد القسمة فليس له حق لا فى الداخل ولا فى الدار نفسها ، فلا شفعة حينئذ .

وجاء فى تبیین الحقائق " الشفعة تجب للجار بقسمة الشركاء لأنهم أحق منه ، وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث " <sup>(2)</sup>.

2 - أحاديث الشفعة للشريك الذى لم يقاسم لا تكل على نفى ما عداه ، وإنما قد تقتضى تأكيد المذكور لا نفى غيره ، فالشريك الذى لم يقاسم هو المستحق الأول للشفعة ولا يزاحمه غيره ، فلذا كانت الأحاديث محمولة على إثبات المذكور دون نفى غيره .

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 91/14 - 95 ، الهداية وشرح العناية مع تكملة شرح فتح القدير 373 / 9 ، تبیین الحقائق 240 / 5 ، بدائع الصنائع 5 / 756 ، أعلام الموقعين 2 / 145 ، 146 البحر الزخار 5 / 8 ، 9 ، الروض النضير 3 / 342 ، نيل الأوطار 5 / 397 ، سبل السلام 3 / 156 ، 157 شرح كتاب النفل 11 / 336 - 338 ، الأموال ونظرية العقد / محمد يوسف موسى 195 ، 196 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 153 ، 154

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 7 ، تكملة شرح فتح القدير 370/9 - 372 ، تبیین الحقائق للزيلعي 240 / 5 ، بحوث فقهية فى قضايا التصاقية معاصرة د / ماجد أبو رجدة 2 / 515 .

وفضاء للنبي - صلى الله عليه وسلم - لا ينفي الشفعة بالجوار ، لأن للتخصيص على حكم موصوف بصفة لا ينفي الحكم عما عداه ، ولا حجة في عدم استحقاق الجار ، ويؤيد هذا الأحاديث المثبتة لحق الجار في الشفعة ، وقد يحمل على أن لا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق <sup>(1)</sup> .

3 - لا نسلم أن الشفعة شرعت لرفع أجره القسمة ، بل العلة الموجبة دفع ضرر يلحق بسوء العشرة على الدوام ، ولو كانت أجره القسمة لوجب في المنقول .

4 - القول بأن ضرر القسمة لا يندفع إلا بالشفعة وضرر الجوار يدفع بالرفع إلى الحاكم غير مسلم . لأن ضرر الجوار لا يندفع بالرفع إلى الحاكم ، لأنه ضرر في حد ذاته فالإنسان يتأذى بالذهاب المستمر إلى المحاكم وليس قادراً منازعة السوء بالسوء وخاصة إذا كان للجار دائم الأذى كثير الإساءة .

5 - لا نسلم بأن القسمة فيها ضرر . بل هي تكميل لمنافع الملك ، فإن كان يتحمل نفقات كثيرة لإضافة مرافق جديدة بسبب القسمة ، فإنه سوف يستقل بأرضه ويؤدي ذلك إلى زيادة سعر ما يملكه ، لأن الإقبال على شراء المشترك أقل بكثير من الإقبال على شراء الذي يستقل به صاحبه <sup>(2)</sup> .

#### مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني :

ناقش جمهور الفقهاء ما استدل به الحنفية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للشريك في ذات العقار ، وفي حق في حقوقه ، وللجار الملاصق بما يلي :

---

(1) يرجع : بدائع الصنائع 7 / 5 ، تكملة شرح فتح القدير 9 / 374 ، 375 ، نيل الأوطار 5 / 397 ، 398 ، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رجعة 2 / 515 ، 516 .

(2) يرجع : المبسوط للسرخسي 14 / 95 ، بدائع الصنائع 7 / 5 ، الهداية وشرح النهاية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 374 ، تبين الحقائق 5 / 240 ، البحر الزخار 5 / 9 ، سبل السلام 3 / 157 ، شرح كتاب النيل 11 / 338 ، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رجعة 2 / 517

1 - لفظ الجار الوارد في الأحاديث محمول على الشريك لأن الشريك يسمى جاراً وكل شيء يقارب شيئاً يقال له جار ، فإن زوجة الرجل تسمى جارة لما بينها وبين زوجها من المخالطة .

وحديث ( الجار أحق بمقبة ) ليس بصريح في الشفعة ، لأن المقبة : القرب ، فيحتمل أنه أحق بالبر والمعونة ، وإحسان جاره وصلته وعيادته ، وإنك إن المراد منه الشفعة فيحمل الجار على الشريك جمعا بين الأحاديث ، واسم الجار يقع على الشريك ، لأنه يجاور شريكه بأكثر من مجاوره الجار ، وعلى القريب ، والشريك أقرب من اللصيق ، فكان أحق باسم الجوار ، وإن لم يمكن حمل الجار على الشريك فيحمل على السببين أي الجار أحق بالصلة والإحسان والمواساة من غيره بسبب قربه <sup>(1)</sup>.

ويجاب عن ذلك بأن :

حمل كلمة الجار في الأحاديث على الشريك ليس في موضعه ، لأن الأصل في الكلام الحقيقة ، وظاهر الأحاديث دفع مثل هذا للتوجيه ، وفي ذلك أيضا ترك للحقيقة <sup>(2)</sup> إلى المجاز <sup>(3)</sup> من غير دليل ، وأيضا : الزوجة لم تسم جارة ، لأن

---

(1) إراجع : النخبة 7 / 319 ، حاشية الرملي 2 / 364 ، حاشية البيهقي 3 / 541 ، 542 المضي 7 / 145 ، 146 ، كشاف القناع 4 / 138 ، المحلى 8 / 34 - 36 ، نيل الأوطار 5 / 397 - 400 ، سبل السلام 3 / 156 ، 157 .

(2) الحقيقة : لغة يقال حقيقة الشيء منتهاه وأصله المشتغل عليه ، وحقيقة الشيء خالصة وكنهه .  
وإصطلاحا : اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح المتخاطب ، أو هي الشيء الثابت يقينا وما استعمل في معناه الأصلي . إراجع : المصباح المنير 89 ، المعجم الوسيط 210 ، نهاية السؤل للأمنوي 1 / 246 ، إرشاد القبول للشوكلي 1 / 94

(3) المجاز : لغة مشتق من الجواز الذي هو التعدى والعبور ، نقول : جزت المكان الفلاني : أي عبرته فكانه ينقل من هذا إلى هذا .

وإصطلاحا : اللفظ المستعمل في معجم غير موضوع له بالنسب المصطلح عليه ، وإطلاقه على هذا المعنى على سبيل التشبيه .

لحمها مخالط للحم زوجها وأنها تشاركه بل تقربها منه ومجاورتها له في الفراش ، فكذا الجار سمي جاراً لقربه من جاره لا لمخالطته إياه فيما جاوره ، وحمله إلى معنى البر والإحسان بعيد يحتاج إلى قرينة <sup>(1)</sup> .

2 - حديث الشريد بن سويد تكلم أهل الحديث في إسناده واضطراب الرواة فيه فقال بعضهم : عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع ، وقال بعضهم : عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن أبي رافع وأرسله بعضهم ، وأحاديث الشفعة للشريك أسانيدھا جيد ليس فيها اضطراب وحديث سمرة مضطرب وفيه مقال ، وحديث جابر روى عن عبد الملك بن أبي سليمان وقيل عنه أنه ثقة مأمون ، ولكنه قد أنكر عليه هذا الحديث وقيل : قد سها فيه عبد الملك ، وقيل : أن الصحيح منها ليس نصاً وأنها منسوخة <sup>(2)</sup> <sup>(3)</sup> .

ورد ذلك بأن :

القول بأن حديث الشريد مضطرب ، فقد ثبت أن إسناده جيد ، فقد أخرجه الإمام أحمد والبيهقي ، والنسائي ، وابن ماجه ، وأبو داود ، وغيرهم .  
وحديث سمرة قال عنه الترمذی : حيث حسن صحيح .

---

- يراجع : لسان العرب 1 / 724 باب الزاي فصل الجيم ، المصباح المنير 72 ، نهاية السؤل للأسنوی 1 / 247 ، إرشاد الفحول للشوكاني 1 / 95 .

(1) المبسوط للمرخسي 14 / 91 ، نيل الأوطار 5 / 397 - 400 ، سبل السلام 3 / 157 ، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة د / ماحد أبو رجعة 2 / 521 .

(2) النسخ لغة : الإزالة والنقل يقال : نسخ الشيء نسخاً ، أزاله ، فيقال : نسخت الشمس ، الظل ونسخ الله الآية : أزال حكمها ، ونسخ الحاكم للحكم : أبطله ، والكتاب : نقله . واصطلاحاً : رفع حكم شرعي بطريق شرعي متراخ ، أو بدليل شرعي متأخر ، يراجع : المصباح المنير 357 ، المعجم الوسيط 956 . نهاية السؤل للأسنوی 2 / 165 : إرشاد الفحول للشوكاني 2 / 536 .

(3) يراجع : النخبة 7 / 319 ، مسالك الدلالة 260 ، حاشية الجيوسي 3 / 541 ، المغني 7 / 146 المحلى 8 / 34 ، 36 ، نيل الأوطار 5 / 400 - 402 ، سنن البيهقي 6 / 106 ، سنن الترمذی 3 / 650 وما بعدها .

وحديث عبد الملك الذى رواه عن جابر ، حديث حسن صحيح ولا مناقاة بينه وبين حديث جابر، لأنه من أئمة الحديث ومن حفاظ للناس ، وقال عنه الترمذى : أنه ثقة ، فلا طعن ولا وجه لحمل الحديث على الشريك <sup>(1)</sup> .

3 - أبو رافع راوى حديث الشريد كان شريكا لسعد بن أبى وقاص <sup>(2)</sup> ، ولذا دعاه إلى الشراء منه ، وهو متطوع فيما صنع ، والحديث يحتمل أنه أراد الشفعة لكل جار ، أو أراد الشفعة لبعض الجيران دون بعض ، وقد ثبت أن لا شفعة فيما قسم فدل على أن الشفعة للجار الذى لم يقاسم دون القاسم .

وتيل : الحديث غير وارد فى الشفعة وأنه أحق بأن يعرض عليه ، أو أنه محمول على ما قبل المنع ، أو منسوخ ، أو مخصوص ، وأنه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك ولم يقل بذلك أحد <sup>(3)</sup> .

ويجاب عن ذلك :

للقول بأن سعد كان شريكا لأبى رافع ممنوع ، لأن سياق القصة يدل على أنه ورد فى الشفعة وقد صرح بذلك فقال " أحق بشفعة أخيه " وقيل : أحق ، وقيل : ينتظر ، وسعد كان جاراً لأبى رافع قبل أن يشتري داره ولم يكن شريكا .

(1) يراجع : سنن الترمذى 3 / 650 وما بعدها ، نيل الأوطار 5 / 400 - 402 ، سبل السلام 3 / 157 ، 158 ، سنن البيهقى 6 / 106 ، سنن الإمام أحمد 3 / 358 ، 389 ، سنن النسائى 7 / 320 سنن ابن ماجه 2 / 833 - 834 ، نصب الرأية للزيلعى 4 / 174 ، المبسوط للسرخسى 14 / 92 .

(2) سعد بن أبى وقاص هو : أبو إسحاق سعد بن مالك بن وهب القرشى المكى المدنى الصحابى من السابقين إلى الإسلام ومن المهاجرين الأوائل شهد للمشاهد كلها ، وقيل له : فارس الإسلام : ولول من رمى بسهم فى سبيل الله ، ورما ألف سهم يوم أحد ، وهو أحد الثشرة الميثرين بالجنة ، وكان مجاب الدعوة : روى 270 حديثاً ، اتفقا على 15 حديثاً وانفرد البخارى بخمسة ومسلم بثمانية عشر روى عنه ابن عمر ، وابن عباس . وغيرهما ولد سنة 23 قبل الهجرة . وتوفى " رحمه الله تعالى " سنة 55 هـ بالقيس . يراجع : الأعلام 3 / 87 ، شذرات الذهب 1 / 61 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 207 ، 208 .

(3) يراجع : الذخيرة 7 / 319 ، حاشية البيجرمى 3 / 541 ، كشف القناع 4 / 138 ، المغنى 7 / 145 ، 146 ، المحلى 8 / 36 ، نيل الأوطار 5 / 397 - 400 ، سبل السلام 3 / 156 ، سنن البيهقى 6 / 106 ، بحث قهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رجعة 2 / 519 .

والحديث لا يدل على أن الجار أحق من كل واحد حتى من الشريك ، لأن شفعة الشريك مقدمة على شفعة الجار باتفاق .

ولكن يحمل على أن الجار أحق بالشفعة من الأجنبي المشتري الذي لا جوار له ، وحمل الحديث على الجار الذي لم يقاسم ليس في محله ، لأن سياق القصة لا يدل على ذلك ، ومال سعد كان مفروزا عن مال أبي رافع ولم يكن شريكا وإنما كان جارا (1) .

#### القول الراجح :

بعد بيان أقوال الفقهاء ولتلتهم فيمن ثبت له الشفعة ومناقشة ما أمكن مناقشته والرد عليه يتبين لى أن القول الراجح ما ذهب إليه ابن القيم حيث أثبت الشفعة للجار إن كان مع جواره شريكا فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالطريق والشرب ، وإلا فلا شفعة للجار إن لم يكن بينه وبين العقار المبيع حق مشترك .

فهذا رأى وسط بين الذين يجعلون للجار حق الشفعة مطلقا إن لم يكن شريكا فى بعض الحقوق ، وبين الآخرين الذين لا يجعلون له حق الشفعة مطلقا وإن كان شريكا للبائع فى بعض الحقوق . وذلك جمعا بين الأدلة ويشهد لذلك قوله " صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بشفعة جارة ، إن كان طريقهما واحدا " وقوله صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بسقبة " فهما ينصان على اشتراط أن يكون للجار شركة فى حق من حقوق العقار المبيع ، كالطريق ويقاس عليه للشرب وغيره ، فالعدل يقتضى القول بهذا ، لأن الاشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب إليه،

(1) يراجع : المبسوط للرخسى 14 / 91 ، سنن ترمذ 5 / 397 ، 402 ، سنن السلام 3 / 157

فتح الباري 9/313، 314 ، بحث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / منجد أبو رجعة 2 / 521 .

وفيه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشتري ، وهذا قول عمر بن العزيز <sup>(1)</sup> ، وابن حزم ، والشوكاني <sup>(2)</sup> .

فإذا ما توافرت شروط الشفعة وثبت للشفيع الحق في المطالبة بالشفعة سواء كان شريكا في ذات العقار أو في حق من حقوقه بأن كان جارا وله حق ارتفاق على العقار المبيع

فإن كان واحدا انفرد بحق الأخذ بالشفعة ، وإن تعدد الشفعاء ولم يطلبها إلا شريك واحد أو شفيع واحد استحقها كلها وليس له أخذ نصيبه فقط .

وإن طلبها الشفعاء جميعا استحقوها وتوزع بينهم على قدر الحصص في الملك ، وقيل: توزع على قدر الرؤوس إذا كانوا في درجة واحدة وقد أوضحت ذلك سابقا <sup>(3)</sup> .

فإن كانوا من طبقات مختلفة :

فهرى جمهور الفقهاء أنها لا تثبت إلا للشريك في ذات العقار فلا تعدد، ولا تثبت إلا لطبقة واحدة وتكون على قدر حصصهم .

بينما ذهب المالكية إلى أن للشركة إذا كانت بينهم أصلية فلا أولوية ، وإن كانت نتيجة وراثية كشريك توفي فيقدم الأخص في الشركة على غيره ، فلو كانت داراً

---

(1) عمر بن عبد العزيز هو : أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي الخليفة الصالح والملك العادل التابعي سمع من أنس بن مالك والسائب بن يزيد وسعيد بن المسيب وعروة والربيع ، والزهري ، وغيرهم ، وروى عنه خلّاق من التابعين ، أبو سلمة والزهري ويحيى الأنصاري وغيرهم ، ولجمعا على جلّالته وفضله ، وملا الأرض قسما وعدلا وصلى أنس خلفه ولد بمصر سنة 61 هـ وتوفي سنة 101 هـ ، رحمه الله تعالى ، وكان له أربعة عشر ابنا وروى عنه منهم عبد الله ، وعبد العزيز . يراجع : حلية الأولياء 5 / 253 وما بعدها ط : دار الفكر ، شذرات الذهب 1 / 119 ، البداية والنهاية 9/ 192 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 335 وما بعدها .

(2) يراجع : أعلام الموقعين 2 / 148 وما بعدها ، المطى 8/ 28 - 38 ، نيل الأوطار 5 / 398 402 سبل السلام 3 / 158 ، للروضة الفدية 2 / 129 ، الأموال ونظرية العدد د / محمد يوسف موسى 196 ، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة 154 .

(3) يراجع : ص 340 وما بعدها .



لشخص وله ثلاث أخوات، وأم ، ولخت لأم ، ثم توفي ، وباعت إحدى الفتيات نصيبها في الدار لأجنبي ، كان حق للشفعة للأختين دون الأم والأخت لأم ، لأن البيع جزء من حصة مستحقة لابتداء للأخوات الشقيقت وهى للثلاث فهم شركاء فيه ، وإذا باعت الأم أو الأخت لأم حصتها ، فحق للشفعة لجميع الورثة ، لأنهم شركاء في الدار .

ولو كان الشركاء أصحاب فروض وعصبة فباع أحد العصبة حصته فالشفعة بين الجميع ، لأنه ليس للعصبة سهم معين حتى يختصوا به دون أصحاب الفروض (1). بينما يرى الحنفية والظاهرية أنها تثبت للشريك في ذات المبيع ، وللشريك في حق من حقوقه ، وزاد للحنفية للجار الملاصق .

فعد تعددهم يقدم صاحب الطبقة الأولى على غيره وهو الشريك في نفس العقار ، ثم يليه الشريك في حق من حقوقه ، ثم يليه الجار الملاصق ، وإذا ترك من هو أولى حقه انتقل إلى من يليه (2) وإن كان أحد الشفعاء غائبا فلا يسقط حقه مادام لم يعلم ، وليس للحاضر أخذ نصيبه وترك الباقي ، بل يأخذ الكل لعدم تأريق الصفقة ، ويقاسم الغائب الحاضر عند حضوره وطلبه للشفعة على نسبة ملكه ، وقيل ، تؤخر إلى حين حضور الغائب ، وقيل : تنتقض القسمة الأولى ويعاد التقسيم بين الجميع (3).

(1) يراجع : بداية المجتهد 2 / 402 ، الذخيرة 7 / 264 ، المعونة 2 / 229 ، 230 ، الشرح الصغير وبلغه السالك 2 / 216 ، 217 ، الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 272 .

(2) يراجع : المبسوط للمرخصي 14 / 92 ، بدائع الصنائع 5 / 7 - 11 ، الفتاوى الهندية 5 / 165 ~ 178 ، مجمع الأنهر 2 / 473 ، غمز للعيون 3 / 193 ، تكملة شرح فتح القدير 9 / 375 - 379 المحلى 8 / 27 وما بعدها .

(3) يراجع : ص 340 ، البيان 7 / 141 ، 145 ، الروض المربع 369 ، المحلى 8 / 26 ، الروض النضير 3 / 343 ، شرائع الإسلام 3 / 256 ، أنيل 11 / 412 . الأموال ونظرية العقد / محمد يوسف موسى 201 .

فإذا ما ثبتت للشفعة للشفيع سواء كان شريكا أو جارا فلا يشترط فيه توافر صلة تربطه بالبائع حتى تثبت له للشفعة سواء كان المشتري من البائع تربطه صلة به أم لا ؟ واستحق الشفيع الأخذ بالشفعة ذكرنا كان أو أنثى ، بالغا <sup>(1)</sup> أو صبييا <sup>(2)</sup> عاقلا ، أو غير عاقل لأن الشفعة حق مبنى على الملك .

فالإناث والصبيان والمجانين لهم حق الأخذ بالشفعة وينوب عنهم من يقوم مقامهم من ولي أو وصى أو قيم .

وكذلك تثبت الشفعة للمسلم على المسلم وللذمي <sup>(3)</sup> على الذمي وللمسلم على الذمي أما ثبوتها للذمي على المسلم فاختلف الفقهاء فيه على قولين :

(1) البالغ هو : الذى وصل إلى حد الإبراك ، والبلوغ لغة : نضج الأعضاء القلمية ، فيقال بلغ الغلام بلوغا : أفره ، واصطلاحا : انتهاء حد الصغر ، أو قوة تحدث فى الشخص بها يخرج من حل الملوقة ويصير أملا للخطاب بالتكاليف الشرعية ، وعلامات البلوغ أو حد إنتهاء الصغر : الاحتلام أو الإنبات للذكر والأنثى ، والحمل أو الحيض للأنثى قط ، وإن لم يوجد ذلك فعنى يتم للذكر ثمان عشرة سنة ، والأنثى سبع عشرة سنة عد لى حنيفة ، وعند الجمهور بلوغ الذكر والأنثى خمس عشرة سنة . يراجع : مختار المصباح 50 ، المصباح المنير 42 ، تكملة شرح فتح القدير وشرح العنيفة على الهداية 9 / 269 ، 270 ، المعونة 2 / 160 ، معنى المحتاج 2 / 226 ، كشف القناع 3 / 443 - 444 .

(2) العقل هو : المدرك جمع عقل وعقلاء ، ويقال : عقل الغلام عقلا : أدرك وميز ، والعقل لغة : المنع والحبس ، وهو مأخوذ من عقل العير ، لأنه يمنع ذوى العقول من الدخول عن سواء السبيل ويحبس صاحبه عن التورط فى المهالك ، واصطلاحا : صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقبيح والخير والشر ، والحق والباطل ، ومحله : لختلف فيه قليل : القلب ، وقيل : الدماغ . يراجع : المصباح المنير 252 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 216 ، للتعريفات للجرجاني 196 ، معنى المحتاج 1 / 51 .

(3) الذمي : للمعاهد الذى أعطى عهدا يأمن به على ماله وعرضه ودينه ، مأخوذ من الذمة ، وهى فى اللغة العهد والأمن والضمان والكفالة ، وسمى للمعاهد ذميا : نسبة إلى الذمة بمعنى العهد ، وأهل الذمة للمعاهدون من أهل الكتاب ومن جرى مجراهم ، وعقد الذمة هو : أن يقر الحاكم أو نائبه بعض أهل الكتاب أو غيرهم من الكفار على كفهم بشرطين :

1 - أن يلتزموا لأحكام الإسلام فى الجملة . 2 - أن يبدلوا الجزية . يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3 / 106 ، المصباح المنير 128 ، المعجم الوسيط 339 ، فقه السنة للطهريه السيد سابق 2 / 64 ط : دار الفكر - الطبعة الرابعة 1403 هـ - 1983م

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء " الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة في قول ، والظاهرية ، والإباضية ، ومن التابعين ، شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخعي.

أنه تثبت الشفعة للشفيع إذا كان نميا على المسلم المشفوع عليه ، وذلك لعدم أدلة الشفعة ، وأيضاً لما يلي :

أ - لأن لفظ الشريك اسم جنس يعم كل شريك مسلم أو غير مسلم، فتثبت للنمي على المسلم ، لتساويهما في سبب للشفعة وحكمتها ، فيتساويان في الاستحقاق.

ب - هي خيار ثابت للشفيع لنفع الضرر بالشراء ، وهي من حقوق المال فيستوى فيه النمي وغيره كخيار الشرط .

ج - لقد قضى شريح بالشفعة للنمي على مسلم وكتب إلى عمر بن الخطاب فأجازها وكان بمحض من الصحابة ولم ينكره أحد فكان ذلك إجماعاً<sup>(1)</sup> .

القول الثاني : ذهب إليه " الحنابلة في قول ، والزيدية ، والإمامية ، ومن التابعين الحسن والشعبي " أنه لا شفعة لنمي كفر على مسلم ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1 - قوله تعالى: ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾<sup>(2)</sup> وشفعة النمي سبيل فلا تجوز ، والشفعة تثبت في العقار فأشبه الاستعلاء في البنیان والكافر ممنوع من ذلك بالنسبة للمسلم ، وفي شركته ضرر بالمسلم .

---

(1) يراجع : المبسوط للمرعي 14 / 93 ، بدائع الصنائع 5 / 23 ، النخبة 7 / 262 ، حاشية الدسوقي 3 / 473 ، المعونة 2 / 238 ، الحاوي 9 / 97 ، البيان 7 / 111 ، أسنى المطلب 2 / 364 ، الإتناف 6 / 312 ، المطى 8 / 22 مسألة 1599 ، شرح كتاب التل 11 / 336 ، 361 ، شرح النووي لصحيح مسلم 11 / 223 .

(2) جزء من الآية رقم 141 من سورة النساء .

2 - ما روى عن أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا شفعة لنصراني " (1) فهذا الحديث يخص عموم أدلة الجمهور ويخرج من العموم الذمى فلا شفعة له على مسلم .

3 - لأنها شرعت للرفق والذمى لا يستحق الرفق ، لأنه لم يقر بالشريعة ولم يعمل بها (2).

والراجع : ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم وضعف الحديث الذى احتج به فقال البيهقى هو من الأحاديث النكرة ، فلا يصلح مخصصا لعموم الأدلة الموجبة للشفعة ولو سلم صحته فحمل على أنه لا شفعة بدون سبب شرعى ، وأيضا الشريعة جعلت للمسلمين والذميين على السواء لهم ما لنا وعليهم ما علينا ، ومساحة الإسلام توجب للرفق به والإضرار به يتقافى مع التزام المسلمين له فى عقد الذمة فتثبت للشفعة للشريك أو الجار مطلقا مسلما كان أو ذميا إذا كان فى جزيرة العرب (3).

---

(1) الحديث أخرجه البيهقى فى سننه 6 / 108 ، 109 ، وقال : فيه ضعف لأن أحد رواه وهو نازل أحاديثه مظلمة.

(2) راجع : المغنى 7 / 256 ، كشف القناع 4 / 164 ، الإئصار 6 / 312 ، البحر الزخار 5 / 5 ، الروض التنوير 3 / 334 ، السيل الجرار 3 / 173 ، فقه الإمام جعفر 4 / 127 ، شرائع الإسلام 3 / 54 ، 55 ، شرح التنويز لصحيح مسلم 11 / 223.

(3) راجع : سنن النسائى للبيهقى 6 / 108 ، المبسوط 14 / 93 ، الخيرة 7 / 262 ، 263 ، مبدل السلام 3 / 155 ، الفقه الإسلامى للزحيلي 5 / 802 ، الشفعة بين الشريعة والقانون د / حسن عوجة 96 .

## المطلب الثاني

### من تثبت له الشفعة في القانون الوضعي

تقديم :

لقد حدد القانون المدني الأشخاص الذين يثبت لهم صفة الشفيع حتى يتمكنوا من حق المطالبة بالشفعة ، وذلك بمقتضى نص المادة 936 من القانون المدني ، والتي نصت على أنه يثبت الحق في الشفعة :

- أ- لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .
- ب- للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار للشائع إلى أجنبي .
- ج- لصاحب حق الانتفاع إذا بيع كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها .
- د - لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .
- هـ- للجار المالك في الأحوال الآتية :

- 1 - إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى .
  - 2 - إذا كانت للأراضي المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان لأرض الجار حق ارتفاق على الأرض المبيعة .
  - 3 - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأراضي المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض على الأقل " .
- من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الوضعي استهدف أغراض ثلاثة في حالات الشفعة:

أولا : رفع الضرر عن الشركاء في الملكية الشائعة مع تقليل عدد الشركاء كلما أمكن ذلك ، فلذا أنبت المشرع الوضعي الشفعة للشريك إذا بيع شيء من العقار للشائع لأجنبي ، ويكون لهذا الشريك صفة الشفيع ، وهذا أمر متفق عليه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي<sup>(1)</sup>.

(1) يراجع : شرح أحكام حق تملكية د / عبد الناصر للطار 209 ، 210 ، فقرة 95 .

ثانيا : رفع الضرر عن الجيران بإثبات الشفعة لهم ، حيث تثبت صفة الشافع للجار المالك فى أحواله الثلاثة ، وهذا أمر محل خلاف بين الفقه الإسلامى ، وكانت صفة الشافع للجار محل خلاف فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الحالى واستقر الأمر على ثبوت الشفعة للجار .

ثالثا : جمع ما تفرق من حق الملكية ، حيث تثبت الشفعة لمالك الرقبة بضم حق الانتفاع إلى الرقبة ، وللمنتفع بضم الرقبة إلى الانتفاع ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة ، وهذا أمر غريب عن الفقه الإسلامى وغير مسلم به ، بينما هو منصوص عليه فى القانون المدنى الحالى<sup>(1)</sup>.

وفىما يلى أبين الأشخاص الذين يثبت لهم حق الشفعة بشيء من التفصيل بترتيبهم كما ورد فى نص المادة 936 من القانون المدنى :

### أولا : مالك الرقبة :

تثبت صفة الشافع لمالك الرقبة ، كما لو أعطى شخص حق الانتفاع بملكه لآخر واقتصر حق المالك على ملكيته للرقبة فصعب ، فإذا باع المنتفع حقه فى الانتفاع كله أو بعضه لشخص آخر ، كان لمالك الرقبة الحق فى أخذه بالشفعة وضمه إلى الرقبة ليعود مالكا ملكية تامة ، وكذا لو أعطى المالك حق الاستعمال ، أو حق السكنى لآخر ، فلو بيع حق الاستعمال ، أو حق السكنى جاز لمالك الرقبة أخذه بالشفعة .

ولو تعدد مالكو الرقبة فى الشفعة فى حق الانتفاع أو غيره ، فيكون الاستحقاق للشفعة على قدر نصيب كل منهم فى الرقبة ، ولا يجوز لأحدهما المطالبة بحصته فقط لما فيه من تفريق للشفعة على المشتري مما يضر به .

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9/ 542 ، 543 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 426 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 210 ، 211 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6/ 357 ، 358 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طين 428 لسنة 55 ق ، نقض مدنى جلسة 5/29/1991م .

ومع ذلك فإن هذه الحالة نادرة الحصول في الحياة العملية في القانون الوضعي المصري نظرا لعدم شيوع حق الانتفاع فيه <sup>(1)</sup> .

### ثانيا : الشريك على الشيوع :

المقصود بالشركة في الشيوع : الشركة في ذات العقار المبيع بشيء منه ، فلا تجوز الشفعة لشريك في حائط أو فناء ، أو مجرى رى مشترك وليس شريكا في العقار الذى وقع البيع على شيء منه .

فتثبت صفة الشفيع للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي . لأن الحكمة منع دخول الأجنبي بين الشركاء على غير رغبة أحد الشركاء المشتاعين ، فإذا تم البيع إلى أجنبي ثبت للشريك صفة الشفيع واستحق أخذ المبيع جبرا عن المشتري والبائع . أما إذا بيعت الحصة لأحد الشركاء في الشيوع ، فلا يجوز لشريك آخر أن يأخذ بالشفعة ، وأن تظل حالة الشيوع قائمة حتى وقت البيع ، فإذا انتهت حالة الشيوع بالقسمة وأفرزت الأنصبة فلا شفعة إذا باع أحدهم نصيبه المفرز لباقي الشركاء السابقين باعتبار الشيوع ، وإنما قد تثبت الشفعة باعتبار الجوار ، سواء سجلت القسمة أم لم تسجل ، لأن التسجيل شرط نفاذ في مواجهة الغير ، ويحتج بها فيما بينهم دون تسجيل .

وأن يكون المبيع حصة شائعة لا جزء مفرز ، فإذا باع أحد الشركاء المشتاعين جزءا مفرزا في المال الشائع إلى أجنبي قبل القسمة فاختلف شراح القانون المدني في ذلك :

---

(1) يراجع : الوسيط د / المنهورى 9 / 544 فقرة 180 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 537 - 542 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 211 فقرة 95 . حق الملكية د / عبد المنعم البهراوى 335 ، للشفعة في ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 27 - 32 حق الملكية د / لاشين الفاياتي 249 .

فمنهم من قال : تثبت للشريك صفة الشفيع ويأخذ الجزء المباع بالشفعة ولو قبل القسمة وبهذا أخذت محكمة النقض فى قضائها الحديث حيث أجازت للشريك الأخذ بالشفعة إذا بيع شيء مفرز من العقار الشائع إلى أجنبى .  
وذهب رأى إلى أنه : لا تثبت للشفعة للشريك ، لأنه بيع غير نافذ فى مواجهة بقى الشركاء ، وبالتالي يكفى للشركاء ألا يقرؤا هذا البيع ، لأنه لا يصبح للمشتري مالكا معهم ، ولا يجوز للشريك أن يشفع فى جزء مفرز باعه شريك آخر <sup>(1)</sup>.

### ثالثا : صاحب حق الانتفاع :

من الأشخاص الذين يثبت لهم صفة الشفيع ويستحقون الأخذ بالشفعة صاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملبسة لهذا الحق أو بعضها إلى أجنبى .  
والعلة فى ذلك هى : تجميع عناصر الملكية فى يد المنتفع ، ويصبح مالكا للعقار كله أو بعضه ملكية تامة بضم الرقبة إلى حقه فى الانتفاع ، ولصاحب حق الاستعمال ، والسكنى الشفعة عند بيع الرقبة الملبسة لحقه كلها أو بعضها ، لأن أحكام حق الانتفاع تسرى على حق الاستعمال، والسكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين ( مادة 998 مدنى ) .

فإذا تعدد أصحاب حق الانتفاع على العقار وبيعت الرقبة كان لهم مجتمعين أن يأخذوا الرقبة بالشفعة كل بقدر حصته ، أما إذا طلب أحدهم أن يشفع فى حصته فقط وامتنع الآخرون فقد اختلف الفقه القانونى فى ذلك ، ويرجع الخلاف إلى قابلية الشفعة للتجزئة وعدم قابليتها فذهب فريق إلى أن للشفيع أن يشفع بقدر حصته ما لم تكن الصنفقة غير قابلة للتجزئة ، لأن هذا القدر الملابس منها لحق الانتفاع الذى

---

(1) يراجع : الوسيط د / السهورى 9/ 547 ، حق للملكية د / عبد المنعم البدر اوى 337 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطار 213 - 215 ، الملكية وبحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 62 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 545 - 552 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 427 - 430 ، مجموعة أحكام محكمة القضا (نقض 20 / 1 / 1988) طعن 175 س 54 ق - نقض 11/3/ 1987 طعن 1466 س 53 ق ) ( نقض 1 / 5 / 1980 طعن 784 س 47 ق ) ، نقض 1837 لسنة 60 ق جلسة 1995/3/1995 .



له ، والمشتري أن يجبره على أخذ الرقبة كلها أو ينزل عن حقه في الشفعة منعا لتفريق الصفقة.

وذهب آخرون إلى أن المنتفع لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة مطلقا لا الجزء الذي يقابل حصته حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا الرقبة كلها ، لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها .

ولو كانت الرقبة لأشخاص ، وحق الإنتفاع لشخص وباع أحد مالكي الرقبة نصيبه للغير فلصاحب حق الإنتفاع : الشفعة <sup>(1)</sup> .

#### **رابعا : مالك الرقبة في الحكر والمستحكر :**

من الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع ويستحقون الشفعة مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .

والحكمة في ذلك جمع ما تفرق من عناصر الملك وابتغاءا لوسيلة ينتهي بها حق الحكر ، وهو حق غير مرغوب في بقاءه .

فإذا كانت أرضا محكرة وتفرقت ملكيتها إلى ملكية رقبة للحكر وحق حكر للمستحكر فإذا باع أحدهما حقه ، كان للآخر أن يأخذه بالشفعة لتجتمع عناصر الملكية بين يديه ويصير مالكا للعقار ملكية تامة .

إلا أن هذا أمر نادر ، لأن حق الحكر لا يجوز ترتيبه منذ العمل ، بالتقنين الجديد إلا على أرض موقوفة ( مادة 1012 مدني ) .

حيث كان حق الحكر يعطى للمستحكر استعمال واستغلال الشيء للمستحكر ثم ضايق نطاق وجوده بعد إلغاء الوقف على الخيرات بقانون رقم 180 لسنة 1952 ،

---

(1) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 67 / 4 ، الوسيط د / السنهوري 9 / 554 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 539 ، 542 ، الموجز في الحقوق العينية الأصلية .  
د / محمود جمال الدين زكي 430 ، 431 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدر اوى 343 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 215 ، 216 ، الشفعة في ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 46 ، 47 ، حق الملكية د / لاشين الغياتسى 251 ، 252 .

وترتب على إلغاء انتهاء حق الحكر ، وصدر قانون 149 لسنة 1953 يجيز لوزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف إنهاء الأحكام المترتبة على الأوقاف الخيرية ، فإذا بيعت الرقبة الموقوفة على الخيرات بطريق الاستبدال كان للمستحكر أن يأخذها بالشفعة لتصبح له الملكية تامة ، ولكن إذا باع المستحكر حق الحكر لايجوز للوقف الذى له الرقبة أن يأخذ بالشفعة إذ لا شفعة للوقف (مادة 939 مدنى) وتجوز الشفعة فيمابقى من أحوار قديمة على الأعيان غير الموقوفة<sup>(1)</sup>.

### خامسا : الجار المالك :

من الأشخاص الذين يثبت لهم صفة الشفيع ويستحقون الأخذ بالشفعة الجار فى حالات محدودة نص عليها القانون المدنى فى الفقرة الخامسة من المادة 936 . فالشفعة تقوم على أساس التلاصق فى الجوار ، بحيث يكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المبيع - المشفوع فيه .

فقال بعض فقهاء القانون : يجب أن يكون التلاصق بين الأرضين على امتداد يكفى لتبرير الشفعة كنصف الحد أو ثلثة ويكون ذلك متروكا لسلطة القاضى التقديرية ، وهذا رأى مرجوح.

والراجع : أنه يكفى للتلاصق ولو بشبر واحد ، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض<sup>(2)</sup>.

فلذلك يشترط لتحقيق التلاصق عدم وجود انفصال تام بين العقارين يحول دون تحقق التلاصق ، ولو كان هناك فاصل طريق أو ترعة للشفيع وملك فى أيهما ، أو للبايع ، أو لهما فإن التلاصق فى الجوار يتحقق ويمكن الأخذ بالشفعة .

- 
- (1) يرأج : الرسيط د / المنهورى 9 / 558 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 357 ، 358 ، 403 ، توجيز فى الحقوق سنية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 431 ، 432 ، القانون المدنى .  
د / عبد المنعم البدر لوى 434 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسين كيرة 542 - 544 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 51 ، حق الملكية د / لاشين الغايتى 252 .  
(2) يرأج : مجموعة أحكام النقض س 5 رقم 11 ص 743 ، ( نقض 4/1 / 1954 ) حق الملكية .  
د / لاشين الغايتى هامش 1 ص 254 .

ولو فصل بينهما قطعة أرض، أو ترعة، أو طريق مملوك للغير، أو مصرف عام، فلا شفعة، وكذا لو فصل بين العقارين ملك للبائع لم يشمل البيع إلا إذا قصد ترك جزء صغير من الأرض في ملك البائع إعلالة للأخذ بالشفعة فيرد على البائع قصده في التحايل على أحكام الشفعة وتثبت للجار، كما قضت بذلك محكمة النقض<sup>(1)</sup>.

فيكفي التلاصق في الجوار للأخذ بالشفعة سواء كان أفقياً وهذا هو الغالب، أو رأسياً كما في المباني، فتثبت الشفعة لملك الشفعة أو الطبقة في ملك السقف أو الطبقات عند بيع الشقة المتلاصقة أفقياً، أو الطبقة والشقة الملاصقة علواً أو سفلاً سواء كان للجار ملكية مفرزة أو شائعة أو ملكية رقبة<sup>(2)</sup>.

ولا تثبت الشفعة للجار الملاصق إلا إذا توافرت إحدى هذه الحالات الثلاث الآتية:

الحالة الأولى: العقارات من المباني أو الأراضي المعدة للبناء.

يثبت الحق في الشفعة للجار إذا كان العقار المبيع وعقار الشفع للجار من المباني<sup>(3)</sup> أو من الأراضي المعدة للبناء<sup>(4)</sup>.

أما الأراضي التي خارج حدود المدينة أو القرية فلا تعتبر أرض بناء إلا إذا كانت معدة بالفعل للبناء عليها قبل البيع، كما لو كانت مقسمة إلى قطع وشوارع،

---

(1) يراجع: مجموعة أحكام النقض ص 4 من 678 (نقض 3/26/1953) (نقض 6/11/1987) طعن 1445 من 54 ق.

(2) يراجع: الوسيط د / المنهري 561/9، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 552 - 554، الملكية والحق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 69، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكي 432 - 436 حق الملكية د / لاثين الغياثي 253، 254، الشفعة في ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 53.

(3) المباني: جمع مبنى والمبنى: كل شيء متماسك من صنع الإنسان واتصل بالأرض اتصال قرار يراجع: شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر الخطار 220.

(4) الأراضي المعدة للبناء: هي كل أرض تقع داخل حدود المدينة أو القرية ولو كانت تزرع أو غير جاهزة للبناء، يراجع: الموجز شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر الخطار 220، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 556.

وتفسير ذلك يرجع إلى قاضى الموضوع ، ويمكن معرفة دخول الأرض فى نطاق المدينة أو القرية بالرجوع إلى خرائط الحدود وموقع الأرض من الكتلة السكنية .

وتثبت الشفعة بمجرد التلاصق بين العقارين من جهة واحدة فى أى موضع ، ولأية مسافة مهما صغرت ، فإذا كانت الأرض المبيعة ملاصقة للأرض المشفوع بها ، فلا حاجة إلى التلاصق بين الأبنية القائمة على كل منهما .

فإذا كان الجار يشفع ببناء يملكه على أرض لا يملكها ، أو يشفع بأرض يملكها فى بناء بيع وحده دون الأرض التى يقوم عليها ، فيجب أن يكون البناء ملاصقا للأرض .

فإذا كان الجار الشافع يشفع ببناء وحده كما إذا كان له حق انتفاع أو حق حكر ، فإنه يشفع بملكته البناء لا بحقه فى الانتفاع أو الحكر ، فإذا بيع البناء الذى يجاوره وحده دون الأرض التى أقيم عليها فيجب التلاصق بين البنائين ذاتهما بقيام حائط فاصل بينهما ، أو يكون جدار كل منهما ملاصقا لجدار الآخر ، ولا يكفى ملاصقة الأرض للآخرى ، لأن الشفعة تثبت بالبناء وفى البناء وحده دون الأرض التى أقيم عليها هذا البناء أو ذلك .

أما ملكية الشقق التى تتضمن شيوعا إجباريا للملاك فى الأجزاء المشتركة .  
فيرى بعض فقهاء القانون الوضعى : " ثبوت الحق فى الشفعة لمالك كل شقة إذا بيعت إحدى الشقق الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لا على أساس الجوار بل باعتباره شريكا فى الشيوع فى الأجزاء المشتركة " (1) .

ويرى آخرون وهو أولى بالاتباع أنه لا تجوز الشفعة بسبب مجرد الاشتراك فى ملكية الأجزاء المشتركة من الدار إذا بيعت إحدى طبقاتها أو شققها ، لأن القول بالشفعة يؤدى إلى التوسع فى تفسير الشفعة ، ويؤدى إلى مخاطر كثيرة لا تخفى بفتح الشفعة عند بيع كل طبقة أو ثلثة لكل ملاك الطبقات أو للشقق من الدار ، وقد

(1) يراجع : الوسيط د / السهورى 9 / 565 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 438 -

439 . الموجز فى أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 549 مامش 1 . 558 .

يزيد عددهم على المئات ، وهذا أمر ملموس ومشاهد فى العمارات السكنية الضخمة ، ومما يؤدى أيضا إلى منع بيع الشقق لمن ليس له شقة فى العمارة ، لأنه يستطيع أى مالك لأى شقة فى العمارة أن يستعمل حقه فى الشفعة ، ومن ثم قد لا يجد الإنسان مكلنا بأويه هو وأسرته .

فيجب الاقتصاد على ثبوت الشفعة لمالك الشقة أو الطبقة إذا توافرت شروط الجوار التى يتطلبها المشرع الوضعى <sup>(1)</sup> .

الحالة الثانية : الأراضى غير المبنية وغير المعدة للبناء :

يثبت الحق فى الشفعة للجار إذا كان عقاره والعقار المبيع أو أحدهما من الأراضى غير المبنية ، أو غير المعدة للبناء ، وفى الغالب أن تكون أراضى زراعية بتوافر شرطين :

الشرط الأول : أن يكون هناك تلاصق بين الأرض المشفوع فيها والأرض المشفوع بها ولو من جهة واحدة مهما يكن قدر هذا التلاصق .

الشرط الثانى : أن يكون للأرض المبيعة ارتفاق على أرض الجار ، أو لأرض الجار " الشفع " ارتفاق على الأرض المبيعة ، بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة زوال حق الارتفاق بالاجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، وأن يكون للشفيع مصلحة فى زوال هذا الحق الذى يتقل أرضه ويتقل الأرض المشفوع فيها وتزول أسباب النزاع التى تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى ، سواء كان هذا الحق حق شرب ، أو مرور ، أو غيرهما ، تقرر بإرادة شخص أو بنص قانونى ،

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر الطار 220 - 221 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 437 - 439 ، الوسيط د / السنهورى 9 / 564 وما بعدها ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 71 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 57 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدرولى 352 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ( نقض 5/6 / 1986 ) طعن 1247 س 52 ق.

لمصلحة الأرضين فقط لو ينتفع به آخرون ، وأن يظل هذا الحق قائما وقت بيع العقار المشفوع فيه ويبقى إلى تمام الأخذ بالشفعة .

فإذا نزل المشتري عن الارتفاق بعد البيع وسجل هذا النزول قبل إعلان رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة فينتفى الارتفاق ولا تثبت الشفعة .

وإذا أعلن الشفيع رغبته قبل تسجيل نزول المشتري عن الارتفاق المقرر للعقار المبيع فالراجح عند القانونيين : جواز الشفعة حتى لا يفوت المشتري بهذا المتنازل على لشفيع أخذه بالشفعة <sup>(1)</sup>.

الحالة الثالثة : الأراضى غير المعدة للبناء والتلاصق من جهتين مع قيمة مناسبة للأرض المشفوع بها :

من الحالات التى يثبت فيها الشفعة للجار أن تكون أرضه ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وأن تساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأكل إذا لم يكن عقاره والعقار المبيع من المبائى ، أو الأراضى المعدة للبناء ، ولم يكن بينهما ارتفاق ، بأن كانت إحداها أو كلاهما من الأراضى الزراعية غير المعدة للبناء ولا يربطهما ارتفاق .

فذلك لا تثبت الشفعة للجار فى هذه الحالة إلا بتوافر شرطين :

إحداهما : أن يكون للتلاصق من جهتين على الأكل من الجهات الأربع ، ويكفى التلاصق بأى امتداد وإن صغر ( قل ) .

الثانى : أن تساوى أرض الشفيع الجار - نصف ثمن الأرض المبيعة على الأكل لمنع صغار الملاك المجاورين من طلب الشفعة ليتخذوا ذلك وسيلة للحصول على

---

(1) يراجع : الوسيط / السهوى 9 / 570 ، الموجز فى أحكام القانون المنى د / حسن كيرة 559 ،

561 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطار 221 ، 222 ، الملكية والحقوق العينية

د/ محمد كامل مرسى 4 / 90 ، الموجز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 439 - 442 ، حق

الملكية د / لاشين النياضى 256 ، 257 ، 258 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 428 لسنة 55 ق

نقض مدنى جلسة 1991/5/29م.

مقابل لنزولهم عنها والعبرة بقيمة أرض الشفع وقت البيع ، ولو كانت أرضا مملوكة على الشيوع فالعبرة بقيمة حصة الشريك طالب الشفعة لا بقيمة الأرض كلها ، والعبرة في الأرض المباعة بثمنها الحقيقي الذي قبله المشتري ، لأنه الثمن الذي يلزم الشفع دفعه <sup>(1)</sup> .

وبهذا أصبح الجوار في جميع حالاته للثلاث المذكورة سببا من أسباب الأخذ بالشفعة في التقنين المدني الجديد ، وليس لغير الشفعاء المذكورين في القانون على سبيل الحصر حق الأخذ بالشفعة ، لأن الغرض الذي قصده المشرع الوضعي من الشفعة هو حصرها فيمن يَحْتَمِلُ أن يلحقهم ضرر من انتقال العين المشفوعة ، وقد بينهم القانون بمراتبهم ، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل أن يأخذوا الصفقة لأنفسهم ويحلوا محل المشتري رغما عنه وعن البائع .

ويكون لهؤلاء حق التملك الجبري بمقتضى نص القانون في ذلك <sup>(2)</sup> .

فإذا ما توافر في شخص صفة الشفع وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة كان لهذا الشفع حق تملك العقار المباع جبرا عن مشتريه وعن بائعه ، فله أن يأخذ بالمبيع كله أو يتركه كله . ولكن لو تعدد الشفعاء وطلب أحدهم الشفعة وامتنع الآخر بمواء كانوا من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة ، أو تعدد الشفعاء وطلبوا الشفعة جميعا أو كان المشتري هو أحد الشفعاء ، فقد أوضحت المادة 937 من القانون المدني أحكام تراجم الشفعاء فنصت على :

1- إذا تراجم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة (936) .

---

(1) يراجع : المرجع في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 562 - 564 ، الوسيط د / السهوري

9 / 575 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر الطار 222 ، 223 ، حق الملكية

د / لاثين الغاباتي 258 ، 259

(2) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 105 / 4 .

2- إذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

3- إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفعيا بمقتضى نص المادة السابقة (936) فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى .

من خلال هذا النص يتضح أنه إذا تعدد الشفعاء وطلبوا الشفعة جميعا أو طلبها بعضهم ، كما لو باع شريك فى ملكية الرقبة حصته الشائعة ، وطلب أخذها بقية الشركاء فى الشيوع ، وصاحب حق انتفاع ، وجار له ، فيجب التمييز بين حالات ثلاث :

#### الأولى : تراحم الشفعاء من طبقات مختلفة :

إذا تراحم الشفعاء من طبقات مختلفة وجب التفضيل بينهم بحسب ترتيبهم كما ورد فى نص المادة 936 من القانون المدنى فيقدم من هو فى مرتبة أعلى ويستأثر بالشفعة دون من هو فى مرتبة أدنى منه . فيقتسم مالك الرقبة على الشريك فى الشيوع ، ثم صاحب حق الانتفاع ثم صاحب الحكر أو المستحكر ، ثم الجار .  
فلو باع صاحب حق انتفاع حصته فلمالك الرقبة للتقدم على الشريك فى حق الانتفاع وعلى من بعده ، ولو باع الشريك فى الرقبة حصته ، فيقدم الشريك له على صاحب حق الانتفاع والجار وهكذا<sup>(1)</sup>.

#### الثانية : تراحم الشفعاء من طبقة واحدة :

إذا تراحم الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة كأن يوجد للرقبة عدة ملاك، ففي حالة بيع حق الانتفاع يشتركون فى أخذ العقار المشفوع فيه كل بقدر نصيبه ، أو بتعدد

---

(1) اراجع : الوسيط د / السهورى 9 / 595 وما بعدها ، حق الملكية د / عبد المنعم البدر اوى 371 ، التوجيه فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 455 ، 456 ، شرح لأحكام حق الملكية د / عبد الناصر اعطار 226 ، 227 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن بكرة 565 - 567 ، الملكية وحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 132 ، حق الملكية د / لاشين الغالى 260 / 261 .<sup>6</sup>



الشركاء على الشيوع في حالة بيع حصة شائعة فيشترك أهل هذه الطبقة في العقار المبيع كل على قدر نصيبه ، وهكذا للحكم على الطبقات الأربع ، فيقسم العقار المشفوع فيه بين أهل الطبقة إذا طلبوا الشفعة جميعا كل بقدر حصته ، وإذا طلب الشفعة البعض دون البعض قسم العقار المبيع على من طلب على قدر الأنصبة ، ولو انفرد أحدهم أخذ العقار المبيع كله حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري فيضار بذلك .

أما إذا كان الشفعاء عدة جيران فيصعب تطبيق ذلك ، لأنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعا في عقار مشفوع به واحد ، بل لكل جار عقاره الذي يشفع به .

فقد اختلف فقهاء القانون في ذلك : فذهب بعضهم إلى أنه يوزع العقار المبيع بينهم بحسب نصيب كل منهم ، وهذا يصعب تطبيقه ، لأن لكل جار عقار مستقل . وذهب آخرون إلى أنه يفضل الجار الذي تعود الشفعة على ملكه المشفوع به بمنفعة أكثر من غيره استنادا إلى العرف أو العدالة أو هما معا وهذا ما أخذت به محكمة النقض في بعض أحكامها ، وهذا منقذ أيضا ، لأنه يقضي بتفضيل جار على جار وهم جميعا في مرتبة واحدة.

وذهب رأى ثالث : إلى تقسيم المبيع على الشفعاء الجيران بالتساوي فإذا تعذر التقسيم لصغر العقار المشفوع فيه فيكون للعقار لهم جميعا شائعا بينهم لكل حصة تسوى حصة الآخر <sup>(1)</sup> .

---

(1) راجع : الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 567 - 571 ، الوجيز في الحقوق المعينة د / محمود زكي 456 ، 459 ، حق الملكية د / لاشين الفياثي 262 ، 263 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر الطحطاوي 227 / 228 . مجموعة أحكام النقض طعن 3160 لسنة 58 ق نقض منى جلسة 1991 / 5/28 .

### الثالثة : تزامم الشفعاء مع المشتري :

إذا كان المشتري هو أحد الشفعاء الذين توافرت فيهم صفة الشفع ، فإذا زاحمه شفعاء في طبقته أو في طبقة أدنى منه فإنه يفضل عليهم ويستأثر بالعقار المبيع دونهم ولا يسمح لغيره من الشفعاء من مرتبته بمزاحمته .

وأرى أن هذا أمراً مخالفاً لما يجب أن يكون بالنسبة لمن هم في طبقته ، حيث قد يستأثر أحد الشركاء ويعلم بالبيع ويخفى ذلك عن الشركاء حتى تتم الصفقة له وحده ، فيجب أن يرد عليه قصده ، وذلك بمشاركة من هم في طبقته فيما استحقه بالشفعة .

لما إذا كان يزاحمه من هم في طبقة أعلى منه فإنهم يتقدمون عليه ويأخذون العقار منه بالشفعة جبراً عنه كأن يشتري جار حصة شائعة في عقار من أحد الشركاء فيقدم بالى للشركاء ويفضلون على المشتري لأنهم أعلى منه <sup>(1)</sup> .

أما إذا كان المشتري لا تتوافر فيه صفة الشفع فيجوز للشفع أو للشفعاء الذين توافرت فيهم صفة الشفع بعد توافر شروط استحقاق الشفعة أن يأخذوا العقار المبيع من يد المشتري جبراً عنه بما قام عليه من الثمن ما لم يكن المشتري تربطه صلة بالبايع من زواج أو قرابة ( مادة 939 مدني ) .

فإذا كان المشتري قريباً أو زوجاً للبايع فلا يجوز للشفع أن يطالب بالشفعة ، فالقانون الوضعي قد فضل المشتري ولو لم تتوافر فيه شروط الشفعة وصفة الشفع

---

(1) يراجع : الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 567 - 571 ، الوجيز في الحقوق العينية

د / محمود زكي 456 ، 459 ، حق الملكية د / لاشين الخياطي 262 ، 263 ، شرح أحكام حق الملكية

د / عبد الناصر العطار 227 / 228 ، مجموعة أحكام القضاء طعن 3160 لسنة 58 ق نقض مدني جلسة

1991 / 5/28 .

مادام البيع قد تم بين الأصوات والفروع أو بين الزوجين ، أو الأقارب حتى الدرجة الرابعة <sup>(1)</sup> أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية <sup>(2)</sup> .

أما إذا لم يكن المشتري تربطه صلة بالبايع ، كان للشفيع أخذ المبيع جبرا عن المشتري وعن البايع بما قام على المشتري من ثمن <sup>(3)</sup> .

ويشترط فيه أن يكون أهلا للتصرف ، لأن الشفيع يحل محل المشتري بمقتضى الشفعة في البيع الذي أبرمه فيشترط فيه أهلية التصرف <sup>(4)</sup> .

والولى والوصى والقيم يقوم مقام القاصر والمحجور عليه في الأخذ بالشفعة بعد استئذان المحكمة في ذلك في غير حالة ثبوت الولاية للأب ، والوكالة لا بد وأن تكون خاصة لا عامة ، فلا يشترط في الشفيع الذكورة ، والبلوغ ، والعقل ، لأنها حق مبنى على الملك ، ولهم الشفعة ويحل محلهم في طلبها من يقوم مقامهم ، فتثبت للصغير ، والأنثى ، والمجنون ، وكذلك ليس الإسلام بشرط فتثبت للذمي على المسلم كما تثبت للمسلم على المسلم والمسلم على الذمي <sup>(5)</sup> .

---

(1) الدرجة الرابعة من الأقارب كابن العم وابن الخال ، والدرجة الثالثة كالعم والخال وابن الأخ وابن الأخت ، والدرجة الثانية كالأخ والأخت ، والدرجة الأولى كالأب والابن . يراجع: حق الملكية د / لاشين الغلياتي 279 .

(2) والدرجة الثانية من الأصهار كأخ الزوجة وزوجة الأخ وجد الزوجة ، والدرجة الأولى كبن نر ، د . وبنت الزوجة ، وزوجة الابن . يراجع : حق الملكية د / لاشين الغلياتي 279 .

(3) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 403 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العضر 229 ، الموجز في أحكام القانون المدني د ، حسن كيرة 605 .

(4) أهلية التصرف هي : أهلية الأداء وهي : صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال بنفسه أو بصريه القانونية وأهلية التوجوب هي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات وتثبت له من ولاته أما أهلية التصرف فلا تثبت له إلا بعد البلوغ . يراجع : نظرية الحق د / لاشين الغلياتي 79 - 83 . المختل لدراسة العلوم القانونية د / إسماعيل شاهين 162 .

(5) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 224 ، فوسيط / الشهورى 589 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدر لوى 359 . للملكية والحقوق العينية د / محمد كاتم مرسى 4 - 126 .

توزيع في الحقوق العينية د / محمود زكي 446 . الشفعة في ضوء أحدث الفراء والتأخذ مصنفى هرجة 75 ، حق الملكية د / لاشين الغلياتي 268 .



## المطلب الثاني

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

#### فيمن تثبت له الشفعة

بعد بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في هذه المسألة يتضح ما يأتي:

1- لقد أثبت القانون الوضعي الشفعة للشريك الذي يملك حصة شائعة في ذلت المبيع وهو بذلك يتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية ، وعند تعدد الشفعاء تكون الشفعة بينهم على قدر الأنصبة كما ذهب إلى ذلك الجمهور من الفقهاء المسلمين ( المالكية والشافعية والحنابلة ) .

2- لقد أثبت القانون الوضعي الشفعة للجار الملاصق وهو بذلك يتفق مع الحنفية ومن وافقهم من حيث المبدأ ولكنه خالفهم في بعض الأمور المقيدة ، والتي لم يقل بها أحد من فقهاء الحنفية وغيرهم ، كاشتراط التلاصق من جهتين ، أو كون ثمن أرض الجار مساويا لنصف ثمن الأرض المباعة إذا كان العقار المبيع أرض صالحة للزراعة ، ولقد نظر القانون الوضعي إلى التضيق من الشفعة ولكنه أغفل ما شرعت الشفعة من أجله وهو دفع الضرر الحاصل بالجوار سواء وجدت هذه الأمور أم لا ؟

3- وكذلك اتفق القانون مع فقهاء الحنفية في تقدم الشريك على الجار وعند التزام الشفعاء إن كانوا جيرانا تقسم بينهم على رؤوسهم أى بالتساوي وفقا للرأى الراجح قانونا أيضا .

فمن الخير أن اتفق القانون الوضعي مع ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ومن وافقهم في منح الجار هذا الحق إذ لم يوجد شريك في المبيع يطلب الشفعة حيث هذا يمنع كثيرا من الشر وبخاصة في الريف إذ يحرص كل جار من المزارعين على توسيع رقعة ما يملك ويرى في شراء أجنبي من الأرض ما كان يستطيع شراؤه عدوانا عليه يقابله بعدوان آخر أشد منه .

4 - لقد أثبت القانون الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع المقرر على ملكه ولصاحب حق الانتفاع إذا بيع العقار المقرر عليه هذا الحق ، مع أن الشريعة لم تثبت حق الشفعة لهما لأن الشفعة تثبت في العقار ، والشريعة لا تنظر إلى الانتفاع على أنه عقار . ولأنه حق مؤقت غير مؤبد وغير مستمر ، فالضرر زائل أو قليل ، والشفعة شرعت لرفع الضرر الكثير الدائم المستمر ، ووقوع مثل ذلك نادر والشريعة لم توضع للنادر وإنما توضع للكثير الغالب <sup>(1)</sup> .

5 - لقد وافق القانون ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من اشتراط الأهلية وأن الصغير والمجنون يقوم وليه أو وصيه مقامه في طلب الشفعة وكذا تثبت الشفعة للذمي على المسلم كما ذهب إلى ذلك الجمهور من الفقهاء المسلمين ، وانفرد القانون مخالفا جمهور الفقه الإسلامي بعدم ثبوت الشفعة إذا كان المشتري أحد أقارب البائع.

وبعد هذا يتضح أن الحق ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من عدم ثبوت الشفعة للمالك الرقبة ولا لصاحب حق الانتفاع ولا للمشتري وثبوتها للجار دون شرط التلاصق أو تحديد ثمن ، وثبوتها للشفيع ولو كان المشتري قريبا ، لأن الشفعة شرعت لرفع القدر ولا فرق بين القريب وغيره في رخصة الشفعة فلا محل لتفضيل المشتري.

" هذا والله أعلم "

---

(1) يراجع : الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 198 ، الشفعة بين الشريعة والقانون د / حسن عجرة 58 ، 59 .

## المبحث الرابع كيفية التملك الجبرى بالشفعة

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : كيفية التملك للجبرى بالشفعة فى الفقه الإسلامى .
- المطلب الثانى : كيفية التملك الجبرى بالشفعة فى القانون الوضعى .
- المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من كيفية التملك الجبرى بالشفعة .

## المطلب الأول كيفية التملك الجبرى بالشفعة فى الفقه الإسلامى

تقديم :

لكى يتم للشفيع ما يريده من التملك الجبرى للمشفوع فيه عليه أن يقوم بإجراءات خاصة تبدأ من وقت علمه بالبيع حتى يتم له الحكم بها ، فلا يملك الشفيع المشفوع فيه إلا إذا طلب أخذه ، لأن الشفعة حق ضعيف كما يقول الفقهاء فلا تكون سبيلا للتمليك بها إلا باتخاذ إجراءات خاصة من الشفيع بمجرد العلم بالبيع حتى يحكم له بها .

فإذا علم الشفيع بالبيع والمشتري وبالثمن ثبت له حق الأخذ بالشفعة ، فإن رضى بذلك فلا شفعة له ، لأنها شرعت لرفع الضرر والرضا يكون بالقول أو بالفعل كسكوته عن طلبها مدة طويلة من غير عذر ، ما لم يكن هناك تنليس أو غش وخديعة للشفيع من المشتري أو من الثمن أو قدر المبيع ، كما لو أخبر أن المشتري فلان <sup>(1)</sup> أو الثمن كذا أو المبيع كذا فتنازل وبان غير ذلك ، فيبقى حقه فى طلب الشفعة لأنه تركها لغرض فبان خلافه .

---

(1) المشتري فلان : أى الذى يخشى الله وتطيب جبرته فيرضى بجواره ، ثم بان أنه فلان الذى لا يؤمن شره وبوائقه فلا يسقط حقه فى الشفعة ولو كان قد تنازل عنها .

أما إذا لم يرض بالبيع والمشتري وبالثمن بعد علمه ، فقد أعطى له الشرع الإسلامي الحق في طلبها ، ووضع الفقهاء المسلمون إجراءات يجب عليه أن يقوم بها حتى يستطيع أن يملك المشفوع فيه جيرا عن المشتري وعن اللبائع<sup>(1)</sup>.  
وتتمثل هذه الإجراءات في طلب الموائبة : وهو مبادرة الشفيع بطلب الشفعة فور علمه ، وطلب الإشهاد والتقرير : وهو أن يشهد على طلبه خشية إنكار المشتري وجوده ، وطلب الخصومة والتملك عند رفض المشتري تسليم المشفوع فيه وما يترتب على ذلك من آثار.

وأتناول بشيء شيء من التفصيل هذه الإجراءات التي يجب على الشفيع اتباعها فيما يلي :

### إجراءات طلب الشفعة :

#### أولا : طلب الموائبة<sup>(2)</sup> :

الموائبة : المبادرة بمجرد العلم ، وهو أن يبادر الشفيع ويسارع بطلب الشفعة إذا علم بالبيع من المشتري أو وكيله بالسماع بنفسه أو بإخبار غيره ، أو بأى طريق يغلب به على ظنه صدق الخبر ، فإذا علم بطريق لا يفيد ذلك عادة فلم يصدق ولم يطلب لم يسقط حقه ، وأن يعلم بالثمن والبيع والمشتري ، فإذا لم يعلم بأيهم فله حق الطلب عند علمه به ، وإن أخر الطلب بعد علمه بطلت الشفعة ولو كان جاهلا بثبوت الطلب له لا يعد عذرا .

لأن طريق التملك بالشفعة حق ضعيف فيجب تقويته بالطلب بقدر الوسع حسب المعتاد لقوله " صلى الله عليه وسلم " فى الحديث الذى رواه عبد الله بن عمر

(1) يراجع : الأموال ونظرية العقد<sup>الحق</sup> محمد يوسف موسى 208 ، 209 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 ص 85 المنة 11 ( حق التملك د / حسين سمرة ) .

(2) للموائبة : مأخوذة من وثب وثبا ، ووثيا ، طفر وقر / ووثبته : ساورته وغلبته من الوثوب وهو المبادرة والمصارعة . يراجع : المصباح المنير 384 ، 385 ، للمعجم الوسيط 1053 .



( لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل للعقال ) وفى رواية : الشفعة لمن واتبها<sup>(1)</sup> .

ولهذا يسمى هذا الطلب بطلب الموائبة - أى طلبها على وجه السرعة .  
ويكون الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة فى الحال ، كقوله أطلب الشفعة ،  
ولا يجب عليه أن يشهد على هذا الطلب ولكن يستحب ويفضل الإشهاد على ذلك  
خوف إنكار الخصم متى وصل الأمر إلى القضاء <sup>(2)</sup> .

### وقت طلب الموائبة :

لقد اختلف الفقهاء فى وقت طلب الموائبة ومقدار المدة التى يكون فيها للشفيع  
الحق فى المطالبة بالشفعة بعد علمه فإذا مضت دون طلب سقط حقه فيها ، وذلك  
على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشافعية فى وجهه، والحنابلة  
فى قول، والزيدية، والإمامية فى قول، والإباضية " .

إلى أن يشترط طلب الموائبة فور العلم بالبيع ما لم يكن هناك عذر للشفيع بمنعه  
من طلبها وإلا سقط حقه ، حتى لو علم بالبيع بكتاب والخبز فى أوله لا ينتظر حتى  
يتم قراءة الكتاب ، ويشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة وينهض منه ويشهد على

---

(1) الحديث أخرجه البيهقى فى سننه 6 / 108 ، وقال عنه أنه ليس بثابت ، وابن ماجه فى كتاب الشفعة  
2 / 835 ح : 2500 وقال إسناده ضعيف ، والشوكانى فى نيل الأوطار 5 / 402 ، تعليقا وقال فى  
إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماتى وله مناكير كثيرة ، وقال ابن حبان لا أصل له ، والصنعمانى فى  
سبل السلام 3 / 158 ، ح / 850 .

(2) يرجع : بدائع الصنائع 5 / 24 ، 25 ، الفتاوى الهندية 5 / 172 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير  
وشرح العناية 9 / 382 ، تبیین الحقائق 5 / 242 ، للمعونة 2 / 232 . الحاوى 9 / 19 ، أسنى  
المطالب 2 / 377 ن شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 511 ، مغنى المحتاج 2 / 414 ، المغنى  
7 / 165 ، الإنصاف 6 / 260 وما بعدها . كشف القناع 4 / 140 وما بعدها . شرائع الإسلام  
3 / 259 ، الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى د / محمد يوسف موسى 209 .

البائع إن كان المبيع في يده ، أو على المشتري ، أو عند العقار ، لأن الحق متعلق به .

فإذا فعل ذلك استقرت شفعته ولم تسقط ما أمكن الطلب ولو خاصم المشتري بعد أيام أو شهور لأن الإشهاد دليل على الرغبة ، فإذا أطم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته ولقد قال الرسول - صلى الله عليه وسلم - إنما الشفعة كحل العقال ، أى إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها ، أى أن الشفعة تفوت بترك المبادرة كما يفوت البعير للشرود عند حل العقال إذا لم يبادر إليه .

والقول بثبوتها على التراخي ربما يضر بالمشتري ، لأنه يؤدي إلى عدم استقرار ملكه وكذلك أيضا الشفعة حق ضعيف لثبوتها على خلاف القواعد الفقهية فلا تستقر إلا بالطلب وينهب به أقل تردد .

والشفعة خيار لرفع الضرر عن المال فكان على الفور كالرد بالعيب<sup>(1)</sup>.

القول الثاني : ذهب إليه محمد بن الحسن ، والمالكية ، والشافعية في وجه ، والحنابلة في قول ، والظاهرية ، والإمامية في قول ، ومن التابعين الثوري وابن أبي ليلى ، إلى أن الشفعة تثبت على التراخي ، ولا تسقط ما لم يوجد ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمه ، ولا يشترط طلب الموائبة فور علم الشفيع بالبائع.

---

(1) يراجع : المبسوط للمسرخي 14 / 116 ، 117 ، بدائع الصنائع 5 / 24 ، 25 ، تبين الحقائق 5 / 242 ، 243 ، روضة الطالبين 5 / 107 ، أمنى المطالب 2 / 377 . شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 511 ، حاشية عميرة 3 / 50 ، البيان 7 / 132 . للمفتي 7 / 165 ، للروض المربع 368 . شرح الزبكشي على مختصر الخرقى 4 / 193 ، 194 ، الميل الجرار 3 / 174 ، البحر الزخار 5 / 12 . فقه الإمام جعفر 4 / 135 ، 136 ، شرح كتاب النيل 11 / 430 ، الأموال ونظرية العقد / محمد يوسف موسى 209.

إلا أنهم اختلفوا في مقدار المدة :

1- فذهب قوم إلى أن طلب الموائبة يستمر طيلة مجلس علمه ولا ينتهي إلا آخر المجلس مادام لم يصدر عنه ما يدل عن الإعراض فلا يجب أن يكون فور العلم .

لأن صاحب حق الشفعة قد يحتاج إلى التروى في الأمر فيجب أن يمكن من ذلك بجعل الخيار له طول مجلس علمه بالبيع ، ولا يبطل إلا إذا قام أو تشاغل عن الطلب بأمر آخر ، لأن الحق يثبت لمصلحة الشفيع لدفع الضرر عنه لاحتمال أذى المشتري الجديد وهو ضرر خفي يحتاج إلى نظر وتأمل ليوازن بين ضرر الدخيل وغم الشراء ، وهذا التأمل يحتاج إلى وقت ، فكان من المعقول أن يمتد إلى آخر المجلس ، ولتمديد بثلاثة أيام تحكم بلا دليل فيقدر بالمجلس وهذا قول: محمد بن الحسن، وقول عند الحنابلة وقول عند الإباضية (1) .

2- وذهب قوم إلى أن طلب الموائبة مدته تقدر بيوم ، فإذا مضى بعد العلم بالبيع بلا طلب سقط حقه، فهي على التراخي، ولا يشترط للطلب فور العلم ، وهذا قول الثوري (1) .

3 - وذهب آخرون إلى أن مدة طلب الموائبة تقدر بثلاثة أيام ، لأن التأبيد يضر بالمشتري والمبادرة تضر بالشفيع لعدم تمكنه من النظر في الأحظ ، وقدر ذلك الانتظار بثلاثة أيام . وهذا وجه للشافعية ، وابن أبي ليلى (2) .

4 - وذهب آخرون إلى أن طلب الموائبة ليس على الفور بل هو على التراخي ووقتها متسع واختلف فيه فقيل : تقدر مدته بشهر إذا كان الشفيع حاضرا عند العقد ، وبسنة إذا كان غير حاضر للعقد وعلم ، فيثبت له حق طلب الشفعة إذا

---

(1) يرجع : المبسوط للمرخس 14 / 117 ، بدائع الصنائع 5 / 25 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير

9 / 382 ، تبين الحقائق 5 / 242 ، المعونة 2 / 232 ، الحاوي 9 / 19 ، الإحصاف 6 / 260

المعنى 7 / 165 ، 166 العدد 278 ، المحلى 8 / 14 وما بعدها ، شرائع الإسلام 3 / 259 .

(2) يرجع : المعنى 7 / 165 .

كان حاضرا بالبلد ، وإذا كان غائبا عن البلد وعلم فله أن يوكل غيره ، وإذا لم يعلم فلا يسقط حقه وإن طالبت غيبته لقوله - صلى الله عليه وسلم - ( ..... ينتظر بها وإن كان غائبا ) لأنه معذور بتركه المطالبة لغيبته وهذا قول المالكية (1) .

5 - وذهب قوم إلى أن طلب الموائبة للشفيع يثبت له ولا يسقط بتركه مهما امتد الزمن ولو ثمانين سنة ولا يسقط إلا بإسقاطه بنفسه ، والقول بأن في التراخي إضرار بالمشتري لأن ملكه معلقا ، قول مردود ، لأن ملكه مستقر يتصرف فيه كيف يشاء ، إلا أن للشفيع حقا متى طلبه وجب ، وليس من التعليق في شيء ، والضرر الذي شرعت من أجله الشفعة لا يختص بوقت دون وقت ، وهذا قول الظاهرية ، والشافعية في وجه ، والإمامية في قول (2) .

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه لو أخر الشفيع الطلب لعذر لا تبطل شفعته ، كما لو علم ليلا فأخر للصبح ، أو للصلاة ، أو للجماعة ، أو لشدة جوع ، أو عطش حتى يأكل أو يشرب ، أو لطهارة ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، والمرجع في ذلك العادة فمتى لم يفصل بين العلم والطلب ما يعد في العادة والعرف إعراضا بقى على شفعته (3) .

### ثانيا : طلب التقرير والإشهاد :

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه بعد طلب الموائبة الذي يتقدم به الشفيع ليقوى به حق الشفعة الضعيف بطبيعته يجب عليه أن يتقدم بطلب آخر يؤكد له هذا الطلب الأول في رغبة في الأخذ بالشفعة ، ويعرف هذا الطلب بطلب التقرير والإشهاد عند الفقهاء .

(1) يراجع : البيان العمري 7 / 132 ، الوجيز للغزالي 179 ، الجلال المحلى وحاشية عميرة 3 / 50 روضة الطالبين 5 / 107 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 404 ، مسالك الدلالة 261 ، المعونة 2 / 233 .

(3) يراجع : الوجيز للغزالي 179 ، البيان العمري 7 / 131 ، 132 ، المحلى 8 / 14 - 18 مسألة 1597 ، الروضة للنبدية 2 / 129 .

لأن طلب الموافقة قد يكون تعبيراً عن رغبة عارضة من الشفيع ثم يتبين له بعد ذلك أنه ليس من صالحه المضي في الأخذ بالشفعة ، أو أنه ليس في مقدوره ذلك ، فلذا كان لا بد من تأكيد هذا الطلب وتقريره<sup>(1)</sup>.

فيلزم الشفيع للمطالبة بالأخذ بالشفعة المحافظة على حقه بعودة المطالبة بها مرة أخرى عند العقار ، أو عند المشتري ، أو عند البائع إذا كان العقار لا يزال في يده ، وبهذا الطلب ينقرر حقه في الشفعة ويقوى ، وسبب تسميته بطلب التقرير أو الإشهاد : أن بعض الفقهاء يشترط الإشهاد عليه عند حصوله .

والكثير من الفقهاء لا يشترط ذلك ولكن يستحسنه<sup>(2)</sup> حتى يكون للشفيع بينه عند إنكاره ، فقد قال الظاهرية : للشفيع الشفعة أشهد على الطلب أو لم يشهد<sup>(3)</sup>.

---

(1) يرجع : الفتاوى الهندية 5 / 173 ، الجلال المحلى 3 / 50 ، أسنى المطالب 2 / 377 ، مغنى المحتاج 2 / 415 ، حاشية البجيرمي 3 / 553 ، 554 ، كشاف القناع 4 / 141 ، الإنصاف 6 / 261 ، 262 ، المغنى 7 / 166 ، 167 ، السيل الجرار 3 / 174 ، شرح كتاب التل 11 / 430 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 288 وما بعدها

(2) الامتصان لغة مأخوذ من حسن حسنا : جمل ولحسن : فعل ما هو حسن ، واستصنه : عده حسنا ، والحسن : الجمال : وكل منهج مرغوب فيه جمع محاسن ، واصطلاحاً : دليل يتقدح فى نفس المجتهد ، ويصر عليه للتعبير عنه ، أو هو القول عن قبيل إلى قبيل أقوى منه ، أو هو القول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس . يرجع : المصباح المنير 85 ، للمعجم للوسيط 195 الإحكام للأمدى 3 / 200 ، 201 ، إرشاد الفحول للشوكاني 2 / 688 .

(3) يرجع : الميسوط للسرخسى 14 / 118 ، بدائع الصنائع 5 / 26 ، الفتاوى الهندية 5 / 172 مجمع الأنهر 2 / 474 ، تبين الحقائق 5 / 243 ، 244 ، الشرح الكبير وحاشية السوقى 3 / 488 ، بلغة السالك 2 / 216 ، الجلال المحلى 3 / 50 ، حاشية البجيرمي 3 / 553 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 511 ، المغنى 7 / 176 ، كشاف القناع 4 / 141 ، المحلى 8 / 14 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 167 .

## وقت طلب التقرير والإشهار ومدته :

لقد اشترط الفقهاء أن يكون طلب التقرير على فور طلب الموائبة متى قدر على ذلك ولا يتجاوز الشفيع مدة تمكنه منه ، فإذا تمكن منه ولم يطلب سقط حقه ، ولا يجوز له طلبها بعد ذلك ، وهذا الطلب ليس بشرط صحة بل هو لتوثيق طلب الموائبة عند إنكار الخصم .

فالمدة مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند أحد هؤلاء الثلاثة ، العقار ، أو البائع ، أو المشتري ، وإن قصد الأبعد وترك الأقرب لم تبطل شفيعته إن كانوا في بلد واحد ، وإن كان بعضهم خارج البلد وقصده وترك الأقرب تبطل شفيعته ، وإذا تم الإشهاد في طلب الموائبة عند البائع أو المشتري أو عند العقار فيغنى عن طلب التقرير ولا حاجة إليه .

ويكون الإشهاد برجلين أو برجل وامرأتين على رغبة الشفيع بالشفعة <sup>(1)</sup>.

## كيفية طلب التقرير :

· طلب التقرير يصح بأى لفظ يدل عليه كأن يقول الشفيع علمت أن فلانا باع كذا لفلان ولى حق الشفعة فيه وقد طلبت أخذه عند العلم وأطلبه الآن .  
فإن كان المبيع فى يد البائع : فالشفيع بالخيار بين طلبه من البائع أو من المشتري ، أو عند المبيع ، لأن كلا منهما خصم له ، فالبايع لا يزال واضع يده على المبيع ، والمشتري قد صار مالكا له وإن لم يتسلمه ، والمبيع الحق متعلق به فى الواقع مادام هو موضوع النزاع ولو تم تعاقد البائع والمشتري فى غير موضع المبيع : فليس للشفيع أن يذهب إليهما ولكن يطلب عند المبيع .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 26 / 27 ، الهدية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 383 ، 384 المبسوط للمرخسى 14 / 118 ، الفتاوى الهندية 5 / 172 ، الشرح للصغير وبلغه اشالك 2 / 216 ، حاشية النسوقى 3 / 488 ، أسنى المطالب 2 / 377 ، مغنى المحتاج 2 / 415 ، الجلال المطى 3 / 45 ، البيان 7 / 138 ، المغنى 7 / 168 ، كشف القناع 4 / 141 ، الإنصاف 6 / 264 ، الملكية للشيخ على الخفيف 290 ، 291 .

وإن كان المبيع فى يد المشتري : فالشفيع بالخيار بين الطلب من المشتري أو الطلب عند المبيع ، ولا يطلب من البائع ، لأنه ليس خصما لزوال يده ولا ملك له ، ولو لم يطلب الشفيع من المشتري أو عند المبيع بطلت شفيعته . فإذا تم طلب التقرير عند المشتري ولم يعارض ، أو علم به المشتري ولم يعترض عليه ، أو كان الشفيع عند المشتري فعلم بالمبيع وبشرائه فطلب ولم يعارض وسلمه المبيع فقد تملك الشفيع المبيع بذلك ، وإذا عارض المشتري فى طلب الشفيع ، كان سبيل الشفيع إلى تملكه للمبيع الالتجاء إلى القضاء ، وهذا هو الإجراء الثالث من إجراءات التملك بالشفعة <sup>(1)</sup> .

### ثالثا : طلب الخصومة والتملك :

المراد بهذا الطلب المرافعة للقضاء ، لأنه إذا لم تتم المبادلة بين المشتري والشفيع بسبب امتناع المشتري كان لابد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك ، لأن ملك الشفيع يتوقف على شروط وأشكال لا يخلو تحققها من نزاع لما يلازمها من خفاء فوجب أن يرجع إلى القضاء حتى لا يكون مثارا للنزاع . فبعد طلب الموائبة والتقرير ومعارضة المشتري فى طلب الشفيع كان طريق الشفيع للتملك والالتجاء إلى القضاء بطلبه أمام القاضى ضد المشتري وضد البائع إذا كان المبيع لا يزال فى يده بالقضاء له بتسليم المبيع المشفوع فيه <sup>(2)</sup> .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 26 ، 27 ، مجمع الأثر 2 / 474 ، الاختيار 2 / 66 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 384 ، الشرح الكبير وحاشية الصوقي 3 / 488 ، بلغة المسالك 2 / 216 ، روضة الطالبين 5 / 83 ، البيان 7 / 138 ، المنقذ 7 / 163 ، الفروع 4 / 538 ، كشاف القناع 4 / 142 الملكية للشيخ على الخفيف 290 ، 291 .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسى 14 / 118 ، الفتاوى الهندية 5 / 173 ، المعونة 2 / 235 ، مسالك الدلالة 261 ، المحلى 8 / 18 ، الأموال ونظرية العقد / محمد يوسف موسى 211 .

### ميعاد طلب الخصومة :

ذهب "أبو حنيفة، وأبو يوسف" في قول إلى أن: الشفعة تستقر بطلب الموائبة، وطلب التقرير، وليس لطلب الخصومة مدة معينة ، لأن التأخير لا يضر بعد تقرير الحق ويبقى حقه حتى يسقطه بنفسه ، لأن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال شرعى ، ولم يوجد ، لأن تأخير المطالبة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء الديون لا يعد إبطاء (1).

وذهب " محمد بن الحسن وزفر وأبو يوسف في قول" إلى أن : حق الشفع يسقط إذا أخر رفع الأمر إلى القضاء شهرا بغير عذر بعد طلب التقرير لكونه في بلد آخر، وروى عن أبي يوسف أنه يسقط حقه إذا أخر ذلك عن أول مجلس للقضاء أو نمنا يستطيع المخاصمة فيه لأن المشتري يتضرر بالتأخير ولا يصح أن يدفع الضرر المحتمل للشفع بهذا الضرر الذى يقع بالمشتري من التأخير (2).

وذهب المالكية : إلى أن للمشتري أن يوقف الشفع أمام القاضى ليأخذ الشفعة أو يتركها لتتمكن من التصرف ، وإذا رفع الأمر للقضاء وطلب الشفع مهلة فلا يميل بل يستعجل بالأخذ حالا أو الإسقاط حالا وإلا حكم القاضى بإسقاطها ، وإذا لم يستعجل عند القاضى ولم يسقط حقه فيبقى على شفعته مدة سنة (3) .

وذهب الظاهرية إلى أن الشفع لا يسقط طلبه من الشفعة ولو سكت عمره كله ، ما لم يوقفه المشتري عند الحاكم لجبره على أحد أمرين إما أن يأخذ أو يترك (4) .  
وأرى أن أرجح ما قيل فى ذلك : أن مدة طلب الخصومة وتقريرها الذى تسقط بعده الشفعة إذا تركها بعد التقرير يترك للقاضى للفصل فيه وذلك حسب الظروف

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 173 ، الاختيار 2 / 67 .

(2) يراجع : المبسوط للرخسى 14 / 118 ، الفتاوى الهندية 5 / 173 ، الاختيار 2 / 67 ، الهداية وشرح الطائفة بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 385 .

(3) يراجع : التلخيص الكبير وحاشية النسوى 3 / 488 ، المعونة 2 / 235 ، مسالك الدلالة 261 الشرح الصغير وبلغه المسالك 2 / 216 .

(4) يراجع : للمطى 8 / 18 .



والملازمات لكل دعوى بعينها ، لأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشفيع صاحب الحق الضعيف ، فلا يصح شرعا ومنطقا أن تكون ملاحا بضار به المشتري بلاحق ، وخاصة وأمر الخصومة بيد الشفيع، فله أن يتقدم بها فى موعد مناسب إذا كان جادا فى طلبها ، لأن فى إيقاتها دون إسقاط ضرر بالمشتري حيث يبقى ملكه معلقا غير مستقر ولا يستطيع التصرف فيه كما يريد ما لم يمكن دفع هذا الضرر بالمرافعة للقضاء لجبره على الأخذ أو الترك (1) .

### كيفية طلب الخصومة :

الخصم فى طلب الشفعة : المشتري إذا كان المبيع فى يده أو فى يد البائع ، والبائع إذا كان المبيع لا يزال فى يده ، ولكن لا تسمع الدعوى ولا يقضى بالشفعة إلا فى حضرة المشتري ، لأنه هو الخصم الأصلي إذ هو الذى سينزع منه الملك جبرا عنه .

وأخذ المبيع من يد البائع يوجب عدم إمكان تسليم المبيع قبل القبض وذلك يوجب فسخ البيع بالنسبة للمشتري ، ولا يجوز الفسخ إلا فى حضوره .

وبعد رفع الدعوى وتقدم الشفيع بطلبه للقاضى : يسأل القاضى الشفيع عن موضع الدار المبينة وحدودها وهكذا ، وهل قبض المشتري للمبيع أم لا ؟ فإذا لم يقبض ، فلا تصح الدعوى حتى يحضر البائع ، ويسأل القاضى الشفيع عن سبب الشفعة ، وحدود ما يشفع به ومتى علم ، وكيف صنع ، ويسأله عن طلب التقرير ، فإذا تحقق القاضى من كل ذلك صحت الدعوى وأقبل على الخصم ، فيسأل المشتري عن ملكية الشفيع لما يشفع به ، فإن أقر وإلا أقام الشفيع البيئة فإن لم يستطع استحلف المشتري بعدم علمه ، فإن نكل عن اليمين ثبت الحق فى الشفعة للشفيع وسأله أيضا عن شراء المشفوع فيه ، فإن عجز الشفيع عن إقامة البيئة استحلف

---

(1) يراجع : الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 291 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 167 ، 168 . الأموال ونظرية العقد / محمد يوسف موسى 211 .

القاضى المشتري على عدم الشراء ، فإن نكل ، قضى بالشفعة للشفيع ، فإذا ترك الشفيع هذه الإجراءات أو أحدها سقط حقه فى طلب للشفعة عند جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup>.

### وقت تملك الشفيع للمبيع المشفوع فيه :

لقد اختلف الفقهاء فى وقت تملك الشفيع للمبيع المشفوع فيه وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " الحنفية ، وأحنابلة فى قول " إلى أن الشفيع يملك المبيع المشفوع فيه من وقت رضاء المشتري أو من وقت قضاء القاضى ، لأن حق الشفعة استقر بطلب الموائبة والتقرير ، فإن امتنع المشتري عن التسليم فينزح من يده جبرا إن كان قد تسلم المبيع ويعتبر شراء جديد للشفيع من المشتري ، لأن امتناعه فى هذه الحالة ظلم ، وقد نصب للقاضى لرفع الظلم فيقوم القاضى مقامه دفعا لظلمه ، ويملكه الشفيع بما قام على المشتري من ثمن ويدخل الثمن فى ملكه جبرا عنه وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه ، ويملك الشفيع "المشفوع فيه" عن طريق شرائه من القاضى نيابة عن المشتري .

أما إذا حكم القاضى بالمشفوع فيه للشفيع ولم يكن قد تسلمه المشتري ولم يزل فى يد البائع ، فالقضاء على البائع بتسليم المشفوع فيه إلى الشفيع يجعله عاجزا عن تسليمه إلى المشتري فيفسد البيع الصادر إلى المشتري ويؤول ملكه ، فالقضاء للشفيع ينقض عقد المشتري ويعتبر الشفيع مشتريا من البائع ويكون الإيجاب الصادر منه كأنه وجه إلى الشفيع وكأن الشفيع قد قبله .

فهذا الشفيع يملك البيع المشفوع فيه من وقت الحكم والقضاء له بالشفعة ولا ملك له قبل ذلك<sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 173 ، بدائع الصنائع 5 / 34 ، الاختيار 2 / 67 ، 68 الهدية وتكملة شرح فتح القدير وشرح العناية 9 / 385 ، 386 ، تبين الحقائق 5 / 244 ، بلغة السالك 2 / 216 ، حاشية الجمل 3 / 503 ، للمضى 7 / 161 ، البحر الزخار 5 / 12 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 / 89 ، 90 السنة 11 ( حق التملك د / حسين سمرة ) .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 181 ، بدائع الصنائع 5 / 31 ، 32 ، كشاف القناع 4 / 152 ، المنقذ 7 / 179 ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة 169 - 171 .

القول الثاني : ذهب إليه " جمهور الفقهاء " إلى أن تملك الشفيع للمبيع المشفوع فيه لا يتوقف على رضا المشتري أو على قضاء القاضي .

فقد ذهب المالكية إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه بقوله أى بالطلب بشرط أن يكون عالما بالثمن <sup>(1)</sup>.

وذهب " الشافعية " ، والحنابلة فى قول ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية " إلى أن: الشفيع يملك المشفوع فيه بالطلب بشرط دفع الثمن إلى المشتري أو يرضى المشتري بثبوته دينا فى ذمة الشفيع ، لأنه حق ثبت ولا يحتاج إلى حكم كالرد بالعيب ، لأنه مال يملكه قهرا فملكه بالأخذ كالغنائم <sup>(2)</sup> والمباحات ، وباللفظ الدال عليه .

وعند النزاع يملكه بالقضاء ولا يسلمه المشتري إلا بعد دفع الثمن ، وله أن يمهله ثلاثة أيام، فإن مضت المدة ولم يدفع ، فسخ القاضي الملك .

وقال الحنابلة : يفسخ المشتري دون حاجة إلى قضاء القاضي <sup>(3)</sup> .

وورد قول عند الحنابلة : أن الشفيع يملك المشفوع فيه بالطلب ولو لم يعلم بالثمن لأن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشتري رضى لم أبى ، ولا يتوقف تملك الشفيع للمبيع على رضاه ، ولم يرد أن اشترط للشارع الحكيم لتملكه قضاء القضاء <sup>(4)</sup> .

---

(1) يراجع : حاشية للدوسقى والشرح الكبير 3 / 488 ، الشرح للصغير وبلغه السالك 2 / 216 .

(2) الغنائم : جمع غنية ، والغنمة لغة ، مأخوذة من غنم الشيء غنما ، فاز به ، والمقاتل فى الحرب ظفر بمال عدوه .... واصطلاحا : مال حصل من كفار يقتل ويغلب بخل وركاب . وما يؤخذ فى الحرب قهرا . يراجع : القاموس المحيط 4 / 159 ، باب للميم وفصل الفين ، المصباح المنير 270 ، معنى المحتاج 3 / 126 ، للتعريفات للرجزى 209 .

(3) يراجع : الجلال المحلى وحاشيتى قلىوبى وعصيرة 3 / 45 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 503 ، معنى المحتاج 2 / 405 ، 406 ، لابن 7 / 153 ، الوجيز للغزالي 176 ، الإنصاف 6 / 298 ، 299 ، المعنى 7 / 161 ، 162 ، المحلى 8 / 18 ، 19 ، البحر الزخار 5 / 12 ، السؤل تجرار 3 / 174 ، فقه الإمام جعفر 4 / 127 ، للملكية للشيخ على الخفيف 304 ما بعدها .

(4) يراجع: المعنى 7 / 161 ، 162 ، الإنصاف 6 / 298 ، 299 ، كشاف القناع 4 / 159 .

### تصرفات المشتري في المبيع المشفوع فيه :

إذا كان الشفيع لا يملك المبيع " المشفوع فيه " إلا من وقت حكم القاضي ، فالملك للمشتري ثابت على المبيع المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة وله التصرف فيه كل التصرفات الشرعية ، ولكن هذه التصرفات عرضة للنقض إذ حكم للشفيع بالملك بمقتضى الشفعة .

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على نقض التصرف إن كان بيعا ، ويخير الشفيع بين الثمن الذي تم به الشراء أولا ، أو الثمن الذي تم به للشراء الثاني ، لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ بالشفعة ، وحق الشفيع سابق على هذا التصرف فلا يبطل به .

وإن كان غير ناقل للملكية بعوض كالهبة والوصية مما لا شفعة فيه ، فذهب الجمهور إلى أنه يجوز نقض ذلك والأخذ بالشفعة وفي رواية عدد الحنابلة : إن كان التصرف قبل الطلب : بطلت الشفعة ، وإن كان التصرف بعد الطلب حرم ذلك ولا يصح تصرفه ويثبت له للشفعة <sup>(1)</sup> .

### زيادة المشفوع فيه :

إن ملك المشتري ثابت على المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة ، وقد تحدث زيادة في المشفوع فيه نتيجة استغلال واستعمال المشتري للمشفوع فيه ، وهذه الزيادة قد تكون بفعل المشتري أو زيادة طبيعة ، وأبين فيما يلي حكم هذه الزيادة إن امتلك الشفيع العقار المبيع بالشفعة .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 31 ، 32 ، الفتاوى الهندية 5 / 181 ، حاشية السوقي والشرح الكبير 3 / 488 ، مغنى المحتاج 2 / 210 ، الجلال المحلى 3 / 47 ، 48 ، المغنى 7 / 179 ، للعدة 278 ، المحلى 8 / 18 ، 19 .

## الزيادة في المشفوع فيه بفعل المشتري :

إن أحدث المشتري زيادة في المبيع المشفوع فيه - وتملك الشفيع المبيع بالشفعة، فإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال كطلاء الحجار ، فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الشفيع يأخذ المبيع بالثمن وقيمة الزيادة ، لأنها زادت قيمة العين <sup>(1)</sup>.

وإن كانت الزيادة تقبل الانفصال عن العين من غير ضرر وكان لهذه الزيادة وقت معلوم كالزروع : فلقد اتفق الفقهاء أيضا على أن للزراع يبقى في الأرض بأجر المثل حتى الحصاد ، لأنه لا ضرر على المشتري إذ لا ي تلف زرعه ، ولا ضرر على الشفيع إذ سيأخذ الأجرة ، إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا : يبقى الزرع في الأرض ولا أجرة على المشتري لأنه زرعه في ملكه <sup>(2)</sup> .

وإن لم يكن لهذه الزيادة وقت معلوم كما في البناء والغراس :

فاختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " أبو حنيفة ، ومحمد ، وزفر ، وجه عند الشافعية " : أن الشفيع مخير بين أمرين : إما ترك الشفعة ، وإما أخذ المبيع بثمنه والبناء والغراس بالقيمة مستحقين القلع والهدم برضى المشتري وإلا كلف المشتري بالقلع والهدم وتسليم العين ما لم يضر بالأرض ، وإلا أخذ الشفيع بالقيمة مستحقين القلع ، لأن المشتري بنى وغرس في عقار تعلق به حق مؤكد لغيره يجعله أولى منه ، ولم يكن بناؤه بإن من منه ، فمن حقه أخذ العين خالية من الزيادة فله أن يكلفه القلع ما لم يضر بالأرض ، وإلا أخذ بالقيمة مستحقين للقلع ، وما حصل من ضرر للمشتري فهو

---

(1) يراجع : المراجع السابقة بهامش ( 2 ) .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 31 ، حاشية النسوقي 3 / 488 ، مغني المحتاج 2 / 410 ، المغني

7 / 179 ، المحلى 8 / 18 .

السبب فيه ، لأنه كان يجب أن يحتاط لنفسه فلا يحدث زيادة في عين كان يتوقع أن تنزع منه جبرا عنه (1) .

القول الثاني : ذهب إليه " جمهور الفقهاء : أبو يوسف ، ومالك ، والشافعية في وجه والحنابلة ، والظاهرية " أنه للمشتري أن يقطع ويهدم باختياره ولا يجبر عليه ، فله القلع والهدم ولو كان بضر ، لأنه بنى في ملكه ويملك إزالته ، وإن لم يختار القلع فالشفع بالخيار بين أمرين :

إما ترك الشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بثمنه ويدفع قيمة البناء والغراس مستحقين للبقاء ، أو يضمن ما نقص بالقلع لو أجبره على ذلك ، وهذا أقوى الآراء لأنه ليس فيه ضرر على أحدهما .

والتكليف بالهدم أو القلع والأخذ بالقيمة مستحقين للقلع إنما يكون ذلك إذا كان فعل المشتري عنوان ، مع أنه ليس في فعله عنوان ، لأنه يبنى ويغرس في خالص ملكه ، لأنه بالشراء صار مالكا فلا تصح معاملته معاملة الغاصب بتكليفه القلع أو الهدم ، وتكليف الشفع بأخذ البناء والغراس بالقيمة مستحقين الإبقاء ، لأنه زاد في قيمة العقار وهذا هو العدل لأنه لا يتضرر واحد منهما (2) .

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 179 ، 180 ، الاختيار 2 / 73 ، بدائع الصنائع 5 / 42 ، 43 الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 398 ، الوجيز للزالي 178 ، مغنى المحتاج 2 / 410 ، حاشية قليوبي 3 / 47 ، 48 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 171 .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 180 ، بدائع الصنائع 5 / 43 ، الهداية وشرح العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 398 ، الاختيار 2 / 73 ، الموعنة 2 / 235 ، بداية المجتهد 2 / 406 ، حاشية السموقى والشرح الكبير 3 / 494 ، الشرح الصغير 2 / 218 ، البيان 7 / 156 ، 157 ، مغنى المحتاج 2 / 410 ، الوجيز للزالي 178 ، للمغنى 7 / 193 ، 194 ، كشف اللقاع 4 / 156 ، 157 ، الانصاف 6 / 292 ، 293 ، العدة 279 ، انمطى 8 / 18 ، 19 ، مسألة 1598 الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 172 .

أما الزيادة الطبيعية في المشفوع فيه :

فإذا زاد المشفوع فيه زيادة طبيعية لا يفعل المشتري كما إذا أثمر النخل والشجر فاختلف الفقهاء فيمن تكون له هذه الزيادة :

فقال الحنفية : هذه الزيادة للمشتري لأنها نمت على ملكه ويعلمه ولا تتبع المبيع قياساً واستصحاباً أن الزيادة الحادثة من ثمر بعد البيع فالشئيع يستحقها ، لأن الثمر متصل خلقه بالشجر فكان تبعاً له ويأخذه مع الأرض بالثمن الأول <sup>(1)</sup> .

وقال المالكية : الزيادة الحاصلة للمبيع قبل الشفعة تكون للمشتري ، لأن الضمان عليه والغلة بالضمان والزيادة بعد الشفعة للشئيع <sup>(2)</sup> .

وقال الشافعية ، والحنابلة : إن كانت الزيادة لا تتميز كالثمرة غير الظاهرة ، فالشئيع يستحقها ويأخذ المبيع مع زيادته .

وإن كان الثمرة ظاهرة تتميز فهي للمشتري لاحق للشئيع فيها ، لأنها حدثت على ملك المشتري فلا تتبع المبيع <sup>(3)</sup> .

وعند الظاهرية : الغلة للمشتري ، وإن استحق الشئيع المبيع بالشفعة رد هذه الزيادة للمشتري إلى الشئيع <sup>(4)</sup> .

### نقص المشفوع فيه :

فإذا كان ملك المشتري ثابتاً على المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة ، وحدث نقص في المشفوع فيه وهو في يد المشتري ثم استحق الشئيع المبيع المشفوع فيه .

---

(1) يرجع : الفتاوى الهندية 5 / 180 ، الاختيار 2 / 74 ، بدائع الصنائع 5 / 42 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 402 .

(2) يرجع : حاشية للسوقى والشرح الكبير 3 / 493 ، الشرح الصغير وبئنة لسالك 2 / 218 الذخيرة 7 / 367 ، المعونة 2 / 236 .

(3) يرجع : البيان 7 / 158 ، أسنى المطالب 2 / 364 ، الإتصاف 6 / 292 ، المنعى 7 / 196 كشاف القناع 4 / 156 .

(4) يرجع : المحلى 8 / 18 مسألة رقم 1598 .

## تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان النقص في نفس العقار كما إذا تلفت بعض الأرض المبيعة " المشفوعة فيها " بغير أو نحوه : فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة أو أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ، لأن حقه ثابت في الكل ويمكن من أخذ البعض فواخذه بقسطه من الثمن لهلاك بعض الأصل<sup>(1)</sup>.  
وإن كان النقص في شيء تابع للمبيع " المشفوع فيه " .

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " الحنفية ، والمالكية " إلى أنه إذا كان النقص في تابع المشفوع فيه كما إذا تهدمت الدار، أو احترق البناء، أو غرقت الأشجار أو جفت، وكان ذلك بغير فعل المشتري، أو غيره ، كلفة سملوية ، فالشفيع بالخيار بين أخذ المبيع بالثمن كاملا ، أو التترك للشفعة لأنه لا غريم له .

وإن كان هذا النقص بفعل المشتري أو غيره ، فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة أو يأخذ العقار بحصته من الثمن وينقص من الثمن قيمة ما أزال المشتري فتقوم الأرض بدون شجر أو بناء ، وتقوم بهما ، ومقدار التفاوت يسقط عن الشفع لوجود التعدي فيقبله شيء من الثمن، والأنقاض للمشتري ، إلا أن المالكية قالوا : إن كان في الهدم مصلحة للبناء كتوسعة فلا يضمن<sup>(2)</sup> المشتري ما نقص<sup>(3)</sup>.

---

(1) يراجع : المبسوط للمرخسي 4 / 111 ، الفتاوى الهندية 5 / 180 ، للشرح الصغير بهامش بلغه السالك 2 / 218 ، النخيرة 7 / 357 ، مغنى المحتاج 2 / 410 ، الوجيز للزالي 177 ، المغني 7 / 197 ، العدة شرح العدة 279 .

(2) الضمان : لغة الكفالة والإنترام . واصطلاحا : التزام ما في ذمة الغير من المال، وضمان المبيع : ما يكون مضمونا بالثمن قل أو كثر ، وهو عبارة عن غرامة للتالف . يراجع : لسان العرب 4 / 2610 ، باب النون فصل المضاد ، الجلال المحلى بهامش حاشية قليوبي 2 / 323 ، التعريفات للرجزاني 181 ، نيف الأوطار للشوكاني 5 / 299 .

(3) يراجع : المبسوط للمرخسي 14 / 111-115 ، الفتاوى الهندية 5 / 180-182 ، بدائع الصنائع 5 / 40 . 41 . الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 402 ، الاختيار 2 / 74 ، النخيرة 7 / 357 ، 358-



القول الثاني : ذهب إليه " الشافعية ، والحنابلة " إلى أنه : إذا كان النقص في شيء تابع للمبيع " المشفوع فيه " كانهدام الدار أو احتراق البناء أو غرق الأشجار ، فالمشتري ضامن سواء كان ذلك بفعله أو غيره ، أو بأفة سماوية ، فإذا تلف في يد المشتري فهو من ضمانه ، وإن أراد الشفيع أن يأخذ المبيع بعد النقص ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، لأنه تعذر أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن <sup>(1)</sup>.

### ما يلزم الشفيع دفعه :

لقد اتفق الفقهاء على أن الشفيع إذا استحق أخذ المبيع المشفوع فيه بالشفعة فإنه يملكه بمثل ما تملك به المشتري ، فيدفع الثمن أو العوض الذي ملك به المشتري أو بمثل الثمن الذي تملك به ، لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما ملك به قدرأً وجنساً .

فإن كان مثلياً وجب مثله ، وإن كان قيمياً وجب قيمته ، وتحسب القيمة يوم البيع لأنه وقت إثبات العوض واستحقاق الشفعة لا يوم الأخذ بالشفعة ، ويلتزم الشفيع بدفع ما أنفقته المشتري كأجرة دلال ، أو كاتب ، أو رسوم <sup>(2)</sup>.

---

سحاشية الدسوقي والشرح الكبير 3 / 494 ، للشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 218 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 173.

(1) يراجع : مغنى المحتاج 2 / 410 ، البيان العمراني 7 / 121 ، الوجيز للغزالي 177 ، العدد 279 المغنى 7 / 197 ، كشف القناع 4 / 157 .

(2) يراجع : الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 394 ، الاختيار 2 / 68 ، المعونة 2 / 234 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 3 / 476 ، للشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 212 ، البيان 7 / 126 - 129 ، حاشية الجبرمي 3 / 547 ، الجلال المطي 3 / 45 ، 46 ، المغنى 7 / 198 - 201 ، الإنصاف 6 / 299 ، الروض المربع 371 ، المطي 8 / 22 ، مسألة رقم 1600 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 173 .

### زيادة الثمن ونقصه وما يلتزم به الشفيع :

لقد ذهب " الحنفية ، والمالكية " إلى أنه : إذا زاد المشتري الثمن للبائع ، فلا يلتزم الشفيع بهذه الزيادة لأنها تبرع من المشتري والتبرع لا يلزم الشفيع ، لأنه عساه أن يكون فعل ذلك ضررا بالشفيع فيرد عليه قصده بخلاف الحط فإنه فيه منفعة له ، ولا يلزم الشفيع إلا الثمن الأول ، لأنه بيع تعين ، والشفيع يأخذ بما وجب به العقد، والزيادة ما وجبت بالعقد. لانعدامها وقت العقد حقيقة <sup>(1)</sup>.

أما إذا حط البائع عن المشتري الثمن كله أو أكثر الثمن بحيث لا يصلح الباقي من الثمن أن يكون ثمنا للشقص ، فلا يسقط عن الشفيع شيء من هذا الحط ولا توضع عنه سواء كان هذا الحط قبل الأخذ بالشفعة أو بعد طلبها ، لأن حط الكل أو أكثره لا يلحق بأصل العقد ، ولأنه لم يبق شيء يصلح ثمنا مستقلا فيصبح ذلك هبة ، ويلزم للشفيع أخذ الشقص المبيع بجميع الثمن.

وإذا حط البائع عن المشتري جزءا من الثمن فإن كان مثله مما يحط في البيوع والباقي يصلح أن يكون ثمنا ، فإن هذا ينقص من الواجب على الشفيع ، لأن الجزء الباقي يكون هو الثمن ويجب حطه عن الشفيع ويلتزم بما بقى ويأخذ الشقص المبيع به <sup>(2)</sup>.

وذهب " الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية " إلى أن الشفيع يستحق الشقص المبيع بالثمن الذي استقر عليه العقد ، فإذا تغير هذا الثمن زيادة أو نقصا في زمن الخيار ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع ، لأن حقه يثبت بعد زوال الخيار والتغيير يلحق العقد .

(1) يراجع : المبسوط للسرخسي 14 / 107 ، 108 ، بدائع الصنائع 5 / 39 ، الخيرية 7 / 351 وما بعدها .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 2 / 182 ، 183 ، بدائع الصنائع 5 / 39 ، الهدية وتكملة فتح القدير 9 / 393 ، 394 ، الاختيار 2 / 96 ، حاشية السوقي والشرح الكبير 3 / 495 ، المعونة 2 / 239 ، الخيرية 7 / 351 ، 354 .

وإن انقضى الخيار لم يلحق العقد ، لأن الزيادة هبة والخط إبراء ، ولا يثبت ذلك في حق الشفع ، فإذا أصبح البيع باتا بالنسبة للمشتري وحدث زيادة منه للبائع ، فلا يلتزم بها الشفع ، وكذلك إذا خط البائع عن المشتري ونقص في الثمن فلا يحط عن الشفع شيئا <sup>(1)</sup> .

### التأجيل في الثمن للمشتري واستفادة الشفع منه :

لقد اتفق الفقهاء على أن الشفع يأخذ المشفوع فيه بالثمن إذا كان حالا ، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل فهل يستفيد الشفع من هذا الأجل أم لا ؟ وذلك على قولين : القول الأول : ذهب " إليه أبو حنيفة ، ومحمد ، وأبو يوسف ، والشافعية في وجهه ، إلى أنه إذا كان الثمن مؤجلا عن المشتري كله أو بعضه لم يثبت للشفع وليس له الاستفادة من هذا الأجل الممنوح للمشتري . واستدلوا على ذلك بما يلي :

الأجل لم يثبت وصفا للثمن ولكن ثبت شرطا في العقد بين البائع والمشتري والشروط التي تكون بين البائع والمشتري لا تثبت في حق الشفع ، كخيار الشرط للمشتري لا يثبت في حق الشفع ، وشرط البراءة من العيب لا يلتزم به الشفع ، فذلك الأجل بين المشتري والبائع لا يثبت في حق الشفع بل هو مخير بين أمرين :

أ - إما تعجيل الثمن حالا قبل نهاية الأجل .

ب - وإما تأجيل الأخذ بالشفعة حتى ينتهي الأجل ، ويأخذ الشفعة بالثمن حالا ، ولكن يلزمه أن يطلب الشفعة في مواعيدها المقررة الثابتة إذا اختار الانتظار فلا يأخذ المشفوع فيه إلا بعد انتهاء الأجل وتعليم الثمن <sup>(2)</sup> .

(1) يرأج : البيان 7 / 120 ، حاشية قليوبي 3 / 46 ، كشاف للقناع 4 / 160 ، المعنى 7 / 200 المحلى 8 / 22 وما بعدها .

(2) يرأج : الفتاوى الهندية 5 / 176 ، بدائع الصنائع 5 / 39 ، البيان 7 / 123 ، معنى المحتاج 2 / 407 ، أسنى المطالب 2 / 370 ، حاشية البجيرمي 3 / 548 ، 549 .

والقول الثاني : ذهب إليه " زفر ، والمالكية ، والشافعية فى وجه والحنابلة ، والظاهرية " إلى أنه : إذا كان الثمن موجلا ، فثبت فى حق الشفيع ويستفيد منه ، ولقد اشترط المالكية ، والحنابلة : أن يكون الشفيع موسرا مليا ، فإن لم يكن موسرا: بأن كان معسرا ، أقام كفيلا بضمه ويكون ثقة موسرا مليا ، وإذا لم يجد الضامن الملى الثقة ، فلا يستفيد من هذا الأجل ، ويجب عليه دفع الثمن حالا وإلا فلا شفعة له .

واستدلوا على ذلك بما يلى :

أ - الشفيع يملك المشفوع فيه بالثمن الذى ثبت وجوبه على المشتري ، وهذا الثمن الذى ثبت وجوبه على المشتري فى حال التأجيل ثمن موصوف بهذا الوصف فثبت على الشفيع بوصفه .

ب - لشفيع تابع للمشتري فى قدر الثمن وصفته ، والحلول زيادة على التأجيل فلا يلزم الشفيع كزيادة القدر <sup>(1)</sup>.

وأرى أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى هو الأول بالإتباع ، لأن الشفيع يحل محل المشتري فيما وجب له وعليه ، ويستفيد من الأجل الممنوح للمشتري حتى تتحقق حكمة مشروعية الشفعة برفع الضرر عن الشفيع ، ولو أزمناه بالثمن حالا بعد أن كان موجلا ما رفعنا عنه الضرر .

وبهذه الإجراءات التى يتبعها الشفيع ويلتزم بها وكيفية تملكه للمبيع من اتباع ما يجب عليه اتباعه من زيادة المشفوع فيه أو نقصه وتأجيل الثمن وحلوله يكون الشفيع قد تملك الشقص المبيع ، جبرا عن المشتري وعن البائع .

---

(1) يراجع : المبسوط للمرخسى 14 / 103 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 395 ، الذخيرة 7 / 341 ، بداية المجتهد 2 / 400 ، للشرح الكبير وحاشية النسوى 3 / 478 ، البيان 7 / 123 ، الوجيز للغزالي 177 ، مغنى المحتاج 2 / 407 ، كشاف القناع 4 / 160 ، 161 ، المعنى 7 / 201 ، الإنصاف 16 / 30 ، المحلى 8 / 231 ، مسألة 1601 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 174 .

## المطلب الثاني

### كيفية التملك الجبري بالشفعة فى القانون الوضعى

تقديم :

الشفيع إذا طالب بحقه فى الشفعة وسلم المشتري له المبيع ترتب على الشفعة أثرها بالتراضى فيحل محل المشتري فى البيع الذي أبرمه ويكون له حقوقه وعليه التزاماته ، ولكن الوضع الغالب أن ينازع المشتري فى الشفعة ويحتكم الشفيع إلى القضاء فى هذا النزاع ويرفع دعوى الشفعة . فإذا ما توافرت شروطها واتبعت إجراءاتها ثبت حقه بحكم للقضاء .

فإذا كان لابد للمشرع الوضعى وهو يعلم أن الشفعة وضع استثنائى من أن يحوطها بإجراءات محددة ويضع لها مواعيد صارمة وقصيرة لمنع بقاء المشتري مهددا بطلب الشفعة فترت طويلا ، وينبغى للشفيع الالتزام بها وإلا سقط حقه فى الشفعة ، وهذه الإجراءات هى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ثم إيداع الثمن خزانة المحكمة ، ثم رفع دعوى الشفعة .

وهذا ما ألبه فى هذا الطلب وأتبع ذلك ببعض الأحكام المتعلقة بها من تصرف المشتري فى المشفوع فيه قبل الشفعة ، ووقت تملك الشفيع ، وزيادة المشفوع فيه ونقصه فى يد المشتري وما يلتزم الشفيع بدفعه ، وتأجيل الثمن للمشتري واستفادة الشفيع من ذلك .

#### إجراءات الشفعة :

أولا : إعلان الرغبة فى الشفعة :

المرحلة الأولى من مراحل إجراءات الشفعة والواجب على الشفيع إتباعها حتى يستحق أن يملك العقار المبيع بالشفعة إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة .

وفى ذلك تقضى المادة 940 من القانون المدنى بأنه : " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ،

ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا تقتضى الأمر.

وتنص المادة 941 من القانون المدنى على أن: يشمل الإنذار الرسمى

المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا :

أ - بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كلفيا .

ب - بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع .

ج - اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه \* .

وتنص المادة 942 / 1 من القانون المدنى على أن : " إعلان الرغبة بالأخذ

بالشفعة يجب أن يكون رسميا وإلا كان باطلا ، ولا يكون هذا الإعلان حجة على

الغير إلا إذا سجل \* .

من خلال استعراض هذه النصوص السابقة يتضح أنه يجب على الشفيع أن يعلن

رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري بعد علمه بالبيع ، ويجوز لكل

من البائع والمشتري إبلاغ الشفيع بإنذار رسمى بوقوع البيع ليعلن رغبته إليهما إذا

رغبا فى الاطمئنان على موقف الشفيع ولأخذه بالشفعة حتى لا يبقى البيع مزعزا

لمدة طويلة وأوجب تسجيل إعلان الرغبة حتى يعلم به الغير <sup>(1)</sup> وتفصيل ذلك فيما

يلى :

### **الإنذار الرسمى بحصول البيع وإعلان الشفيع رغبته :**

عادة يبدأ إعلان الرغبة فى الشفعة بتوجيه إنذار رسمى بحصول البيع من البائع

أو المشتري، ويقصد به إخطار الشفيع بحصول البيع ليتدبر أمره ويعلن رغبته فى

الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه .

ولو تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة تعين أيضا

توجيه الإنذار الرسمى إليهم جميعا .

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 410 وما بعدها ، الوسيط د / المنهورى 9 / 621 وما

بعدها ، حق الملكية د / عبد المنعم البندولى 390 وما بعدها .

ويكون الإنذار بإعلان على يد محضر ، ولا يغنى أي ورقة أخرى كخطاب مسجل يعلم الوصول ولو كانت ورقة رسمية كصحيفة دعوى ، ويجب أن يشتمل هذا الإنذار على بيان المقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً من حيث موقعه ومساحته وحدوده ، ويترك أمر التكفاية لقاضي الموضوع ، وكذلك يجب أن يشمل هذا الإنذار بيان الثمن والمصروفات الرسمية، وشروط البيع، واسم كل من البائع، والمشتري ولقبهما، وصناعتهما، وموطنهما<sup>(1)</sup>.

فإذا ما تم إنذار الشفيع على الوجه السابق كان عليه أن يبدى رغبته خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار ، ويبدأ الميعاد من اليوم التالي مضافاً إليها ميعاد المسافة إن وجد وينتهي باليوم الأخير مالم يصادف عطلة رسمية حيث يمتد إلى أول يوم عمل ، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الشفيع إعلان رغبته متى علم بالبيع ولو لم يتم إنذاره ، ويجوز له رفع الدعوى بعد إيداع الثمن ويعتبر إعلان الصحيفة للدعوى إعلاناً للرغبة .

ويتم إعلان رغبة الشفيع وتوجيهه إلى كل من البائع والمشتري، ولا يغنى إعلان أحدهما ، ولو تعدوا وجب إعلانهم جميعاً بالرغبة في خلال المدة القانونية ، وأن يكون الإعلان رسمياً على يد محضر ، ولا يغنى أي ورقة أخرى كخطاب مسجل ، ومع ذلك لا يسقط حقه في طلب الشفعة ولو علم بالبيع ما لم يصله الإنذار الرسمي بحصوله<sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهوري 9 / 623 - 939 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 276 ، الوجيز في الحقوق العينية د / محمود ذكي 462 - 464 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 606 - 610 ، حق الملكية د / عبد الناصر الطاهر 236 ، 237 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1837 لسنة 60 ق نقض منى جلسة 1995/3/29 .

(2) يراجع : الوسيط د / السنهوري 9 / 623 - 639 ، الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 606 - 612 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر الطاهر 235 ، 238 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 172 لسنة 54 ق نقض منى جلسة 1991/2/14م .

فإذا لم يوجه البائع أو المشتري إنذار رسميا للشفيع بالبائع ، أو كان هذا الإنذار باطلا لعدم استكمال شروطه ، فالشفيع يبقى حقه في طلب الشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، أو من تسجيل حكم صحة ونفاذ عقد البيع ، وإذا لم يسجل العقد ظل حقه في الأخذ بالشفعة مفتوحا ، ويسقط حقه إذا مضت هذه المدة وقد سجل البيع حتى ولو لم يعلم بالبائع .

فإذا لم يوجه الإنذار إلى الشفيع ولم يسجل عقد البيع ، لا يسقط حقه في الشفعة إلا بمضى خمسة عشرة سنة من تاريخ البيع ما لم يصدر من الشفيع ما يفيد تنازله عن الشفعة صراحة أو ضمناً <sup>(1)</sup> .

### تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة لكل من البائع والمشتري :

يجب على الشفيع تسجيل إعلان رغبته في الشفعة ليحتج به على الغير ، وإن كان هذا الأمر ليس ضروريا حيث يستطيع الشفيع ألا يسجل هذا الإعلان ويمضى في إجراءات الشفعة من إيداع الثمن ورفع الدعوى ليصدر حكم بثبوت حقه في الشفعة .

ولكنه يعرض نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه " ويصبح نافذا في حق الشفيع مادام صدر التصرف قبل تسجيل إعلان الرغبة، حتى ولو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت الشفعة ، فيجدر به المبادرة بالتسجيل لإعلان رغبته في مكتب الشهر العقاري الكائن بدائرته العقار المشفوع فيه حتى يأمن تصرفات المشتري التي تصدر بعد التسجيل إذ تصبح غير نافذة في حقه .

والتسجيل لإعلان الرغبة ليس له وقت وميعاد فيصح في أى وقت حتى بعد رفع دعوى الشفعة ، ولكنه إذا تأخر عرض نفسه لخطر صدور تصرف من المشتري يكون نافذا في حقه، فلذا لو باع المشتري العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل

---

(1) يراجع : الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 612 ، 615 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 238 - 239 ، الوجيز في الحقوق المبنية د / محمود زكى 468 - 471 ، حق الملكية د / لاشين الغابلق ص 282 .



إعلان الرغبة فالبيع الثانى نافذ فى حق الشفيع ، ولا يستطيع الأخذ بالشفعة فى هذا البيع ، ولكنه يطلب الشفعة فى البيع الثانى فى مواعيده وشروطه ، فكان من مصلحته المبادرة بتسجيل طلب الرغبة فى الشفعة .

#### ثانيا : إيداع الثمن :

المرحلة الثانية من مراحل إجراءات الشفعة والواجب على الشفيع اتباعها حتى يستحق تملك العقار المبيع جبرا عن المشتري إيداع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة المختصة فى ميعاد محدد وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة ، وفى ذلك تقضى الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدنى .

على أن : " وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان ( إعلان الرغبة فى الشفعة ) يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حقه الأخذ بالشفعة " (1) .

ومن خلال استعراض هذا النص أوضح ما يجب إيداعه ، ووقته ومكانه ، وجزاء مخالفة هذا الإيداع فيما يلى :

#### ما يجب إيداعه :

يجب على الشفيع أن يودع كل للثمن الحقيقى الذى حصل به البيع دون نقصان والأصل أن الثمن المذكور فى العقد هو الثمن الحقيقى ما لم يّم الدليل على غير ذلك .

---

(1) يراجع : حق الملكية د / عبد المنعم البدر لوى 394 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 282 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 617 - 619 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى ص 471 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 2554 لسنة 56 ق / نقض مدنى جلسة 4/28 / 1991م ، حق الملكية د / لاشين الغايقى 283 284 .

فإن كان الثمن الحقيقي أقل من الثمن المذكور في العقد ، كان للشفيع أن يودع الثمن المسمى في العقد ثم يثبت الثمن الحقيقي بكافة طرق الإثبات ، ثم يسترد ما زاد عن الثمن الحقيقي ، وإذا أخفق في إثبات الثمن الحقيقي فلا خطر عليه .

وللشفيع أن يودع الثمن الحقيقي خزنة المحكمة إذا كان أقل من المسمى في العقد بشرط أن ينجح في إثبات ذلك وأن الثمن المسمى صوري ، فإن أخفق في إثبات ذلك سقط حقه في الشفعة لعدم إيداعه الثمن الحقيقي .

فلذلك كان من مصلحة الشفيع دائما تجنب المخاطرة بالقيام بإيداع الثمن المسمى في العقد ثم المنازعة في حقيقته من بعد ، ولقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها إلى أنه :

" إذا كان الثمن الحقيقي أكثر من المسمى فلا يلزم الشفيع إيداع غير المسمى في العقد مادام حسن النية لا يعلم صورية الثمن المذكور ولا يلزمه تكملة المسمى إلى الثمن الحقيقي <sup>(1)</sup> .

وذهب بعض فقهاء القانون إلى أنه يكمل الثمن لأنه يحل محل المشتري في التزاماته فلو أفلح البائع والمشتري في إثبات أن الثمن المذكور في العقد أقل من الحقيقي :

قول : ليس للشفيع أن يتمسك بالثمن الظاهر بل يلزمه الثمن الحقيقي وعليه إيداع الفرق لأنه ليس من الغير .

وقيل : إن الشفيع من الغير ، والغير أن يتمسك في الصورية بالعقد الظاهر ، فإن كان الشفيع قد أنذر بالبيع أو تم تسجيل العقد ، فإن علمه بالثمن الحقيقي وهو عادة المذكور في العقد يكون يسيرا ، أما إذا لم ينذر ولم يتم تسجيل العقد فيكون علمه غير يقيني ، فيصح منه إيداع الثمن الذي يعلم أن البيع قد تم به على أن يكمل

---

(1) إراجع : ( طعن رقم 5737 لسنة 62 ق نقض منلى جلسة 1/13 / 2000 ) مجلة المحاماة العدد الأول ص 51 ( سابق الإشارة إليها ) ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 464 لسنة 55 ق نقض منلى جلسة 3/13 / 1991م ، طعن 7474 لسنة 65 جلسة 11/1996/20م .

هذا الثمن إلى الثمن المسمى بالعقد عند إطلاعه أو يسترد الزيادة بحسب الأحوال، لأنه معذور بعدم علمه ، وإذا امتنع الشفيع من تكملة الثمن فى هذه الحالة سقط حقه فى الأخذ بالشفعة ، ولا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن من مصاريف كرسوم توثيق وسمسرة وأتعاب محاماة ، ولا يمنع ذلك من المطالبة بها فيما بعد <sup>(1)</sup> .

### وقت الإيداع ومكانة :

يجب أن يقوم الشفيع بإيداع الثمن الحقيقى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان رغبته بالأخذ بالشفعة مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة .

فإذا ما أعلن الشفيع رغبته إلى البائع والمشتري وكان إعلان أحدهما قبل الآخر، فتبدأ مدة الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الأخير لا من تاريخ تسجيل الإعلان ، ويبدأ حساب الميعاد من اليوم التالى لتسليم الإعلان ، وينتهى بنهاية اليوم الثلاثين ، ويزاد ميعاد المسافة عند الاقتضاء ، ولو صادف اليوم الأخير عطلة امتد إلى أول يوم عمل بعدها ، وهذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم فلا يرد عليها وقف ولا انقطاع .

وأن يتم الإيداع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه إذ هى المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، ولا يجوز الإيداع فى خزانة محكمة أخرى ، ولا يفنى عن الإيداع استبعاد الشفيع بالدفع بل لابد من الإيداع لخزانة المحكمة فعلا<sup>(2)</sup>.

---

(1) يراجع : الوسيط د/ السنهورى 657/9 ، 663 ، 665 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 620 - 624 ، القانون المدنى د / عبد المنعم البدرولى 471، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر الطار 240-244 ، الوجيز فى الحقوق للعينية د / محمود زكى 474- 477 .

(2) يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 624 - 625 ، الوسيط د / السنهورى 9 / 655 ، الوجيز فى الحقوق للعينية د / محمود زكى 473 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر الطار 240 - 243 .

## جزء مخالف هذا الإيداع :

يترتب على عدم إيداع كل الثمن الحقيقي على الوجه الذى حدده القانون وفى الميعاد المحدد سقوط حق الشفع فى الشفعة ، ويستطيع كل من البائع والمشتري التمسك بهذا السقوط فى أى حالة كانت عليها الدعوى ، والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولو نزل عنه صاحبه لأنها مسألة تتعلق بالنظام العام (1) .

### ثالثا : رفع دعوى الشفعة :

المرحلة الثالثة من مراحل إجراءات الشفعة والواجب على الشفع إبتاعها ليصل إلى حقه فى تملك العقار المبيع جبرا عن مشتريه ، رفع دعوى الشفعة وصنور حكم بثبوت الحق فيها ، وفى ذلك تنص المادة 943 مدنى على أن " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة .

ومن خلال استعراض هذا النص يقتضى بحث المسائل الآتية :

#### 1 - كيفية رفع الدعوى :

المقصود برفع الدعوى الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بالحق والحصول على حكم يقرر الحق للمدعى ويلزم المدعى عليه بأداء هذا الحق للمدعى .  
ولم يضع المشرع للوضعى ضمن نصوص القانون المدنى قواعد خاصة بكيفية رفع دعوى الشفعة مما يتعين معه الرجوع إلى قواعد المرافعات العامة ، ولقد حدث

---

(1) يراجع : حق الملكية د / عبد المنعم البدر لوى 396 - 397 ، الموجز فى أحكام نقانون المدنى د / حسن كيرة 625 ، 626 ، الوسيط د / المنهورى 9 / 668 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 240 ، لوجيز فى الحقوق العينية د/محمود زكى 478 ، مجموعة أحكام النقض ( طعن 1806 س 53 نقض مدنى جلسة 13/3/ 1988 ) ( طعن 342 س 4 ق نقض مدنى جلسة 17/3/ 1988 ) ( طعن 1328 س 48 ق نقض مدنى جلسة 2 / 3 / 1983 ) .

تطور كبير فى كيفية رفع الدعوى عموماً انتهى بصدر قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968م .

ونصت المادة 63 الفقرة الأولى منه على أن :

" يتم رفع الدعوى بإيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة ، ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى سجل خاص ويثبت عليها تاريخ الجلسة المحددة لنظرها ، ثم تسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين فى اليوم التالى على الأكثر ليتولى إعلانها إلى المدعى عليه بتكليف بالحضور إلى المحكمة فى الجلسة المحددة لنظر الدعوى". فمن خلال هذا النص يتضح أن قيد الدعوى يكون ولجبا على قلم كتاب المحكمة إجراؤه فى يوم تقديم صحيفة الدعوى ، وتنتهى مهمة الشفيع بإيداع الصحيفة قلم الكتاب ، ولا يقبل رفع الدعوى إلا بعد إيداع الثمن خزلة المحكمة<sup>(1)</sup>.

2 - الخصوم فى دعوى الشفعة ( المدعى - المدعى عليه ) :

المدعى فى دعوى الشفعة : هو الشفيع ، وهو الذى يتولى رفع الدعوى ولا يجوز لدائتيه ولا بوكالة عامة رفع هذه الدعوى والمدعى عليه : البائع والمشتري ، وترفع عليهما معاً فى الميعاد ولو رفعت على أحدهما فى الميعاد وعلى الآخر بعد الميعاد كانت غير مقبولة ، وإن تعدد البائعون والمشترون رفعت عليهم جميعاً . ويجب اختصاص كافة أطراف الدعوى فى جميع مراحل الخصومة ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة ، فيجب اختصاص البائع والمشتري وورثة ممن يتوفى منهم ولو تعدوا فى جميع مراحل الدعوى حتى فى الطعن بالنقض<sup>(2)</sup>.

(1) يراجع : المبسوط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية د / عبد الحكم شرف ص 192 ، 204 ط :

1409 هـ - 1989م ، المرجع فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 726 ، شرح أحكام حق الملكية

د / عبد الناصر العطار 245 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / مصمود زكى 483 ، 484

(2) يراجع : حق الملكية د / عبد المنعم ليدرأوى 398 ، 399 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى

د/حسن كيرة 628 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 284 - 286 ، الشفعة فى ضوء

لحدث الآراء / مصطفى هرجة 160 ، مجموعة أحكام محكمة النقض لسنة السادسة ( والأربعون من

288 طعن 2045 لسنة 64 ق نقض مدنى جلسة 14/6/1995م ).

### 3 - ميعاد رفع الدعوى :

لقد حدد المشرع الوضعى ميعادا لرفع الدعوى ينبغى عدم تجاوزه .  
فيجب على الشفيع رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الشفيع  
رغبته فى الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري ، وللعبرة بالإعلان الأخير ، ولا  
يضاف ميعاد مسافة ، لأنه ليس هناك ما يقتضيه ، لأن رفع الدعوى يتم بالإيداع لا  
بالإعلان ، وتسرى أحكام ميعاد إيداع الثمن على ميعاد رفع الدعوى ، وهذه المدة  
مدة سقوط لا مدة تقادم ويجوز التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ،  
وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام<sup>(1)</sup> .

### 4 - المحكمة المختصة بنظر الدعوى :

المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هى المحكمة للكائن فى دائرتها العقار  
المشروع فيه ، لأنها دعوى عينيه عقارية ، ويحدد الاختصاص النوعى للمحكمة -  
كلية أو جزئية - تبعاً لمقدار الثمن الولد فى عقد البيع وليس بقيمة العقار .  
وتختص المحكمة الجزئية إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه  
والكلية إذا تجاوز هذا المبلغ ( مادة 42 ، 47 / 1 من قانون المرافعات المعدل بالقانون  
23 لسنة 1992م ) .

فنظر دعوى الشفعة مقصور على المحكمة المختصة نوعياً للكائن فى دائرتها العقار  
ورفع الدعوى أمام محكمة أخرى يترتب عليه سقوط الحق فى الشفعة ، سواء كانت  
محكمة غير كائن فى دائرتها العقار ، أو يقع فى دائرتها العقار ولكنها غير مختصة  
نوعياً<sup>(2)</sup> .

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 677 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 481 - 482  
شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 244 ، الشفعة فى ضوء أحدث الأراء مصطفى هرجة  
161 مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1221 لسنة 51 ق نقض مدنى جلسة 15/3/1990م

(2) يراجع : الشفعة فى ضوء أحدث الأراء مصطفى هرجة 161 ، الوسيط د / السنهورى 9 / 674 ،  
التموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 629 ، 630 ، القانون المدنى د / عبد المنعم البدرولى  
474 . الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 486 .

## 5 - جزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى :

لقد رتب المشرع الوضعى جزاء مخالفة الأحكام الخاصة التى أوردها فى شأن رفع الدعوى بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، وبناءا على ذلك يسقط حق الشفيع إذا رفع الدعوى بعد الميعاد ، أو فى الميعاد . ولكنه اختصم للبائع دون المشتري ، أو العكس ، أو للبعض دون البعض عند التعدد ، أو رفع الدعوى لغير المحكمة المختصة ، وهذا السقوط أمر متعلق بالنظام العام فيجوز التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك به ، بل ولو نزل عنه صلح به فى التمسك به <sup>(1)</sup>.

فإذا ثبت الحق فى الشفعة ، وتوافرت شروطها ، واتبعت الإجراءات السابقة ، تملك الشفيع العقار المبيع جبرا عن المشتري بموجب حكم من القضاء ، ويعتبر عقداً حقيقاً حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة ، فلذا كان من الواجب بيان بعض الأحكام المتعلقة بالشفعة من وقت انتقال الملكية وتصرف المشتري وحلول الشفيع محل المشتري فيما يلى :

### بعض الأحكام المتعلقة بالشفعة :

رأيت تنميما لكيفية التملك الجبرى بالشفعة أن أوضح بعض الأحكام المتعلقة بها من وقت انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، وحلول الشفيع محل المشتري ، وتصرفات المشتري فى العقار المبيع وذلك فيما يلى :

#### 1 - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع :

نصت المادة 944 من القانون المدنى على أن : " الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سند الملكية للشفيع دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

فلقد وضع المشرع الوضعى لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة فإذا ما راعاها الشفيع وتوافرت شروطها ، انتهى ذلك إلى حكم يقضى بثبوت

---

(1) يراجع : الرجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 478 - 484 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيره 631 - 632 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 243 ، 245 .

حقه في الشفعة ، وتنتج الشفعة أثرها المباشر في حلول الشفع محل المشتري، ومتى تم تسجيل هذا الحكم أصبح الشفع مالكا للعقار " المشفوع فيه " ، إلا أنه قد ثار خلاف بين فقهاء القانون حول تحديد الوقت الذي تنتقل فيه الملكية إلى الشفع : فذهب البعض إلى أن : الملكية تنتقل من وقت البيع وتتحول الصفقة بين البائع والشفيع منذ أن وجدت ، ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تتعد له أصلا ، وينتج البيع أثره فيما بين البائع والشفيع (1) .

ويذهب الرأي الراجح في الفقه والقانون والقضاء إلى أن : الشفع يحل محل المشتري ويتملك المشفوع فيه من وقت الحكم نهائيا بثبوت حقه في الشفعة ومن وقت تسجيله لأن هذا الحكم منشئ لحق الشفع لا كاشف عنه ونال للملكية .

فلذا كان حكم الشفعة في نظر المشرع الوضعي حسب نص المادة سالفة الذكر هو سبب ملكية الشفع ومنشأها ، ولا يصير المشفوع فيه إلى ملكية الشفع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن السبب لا يوجد قبل سببه ، وما جعله المشرع الوضعي من الأحكام منشأ للحقوق لا ينسحب على الماضي (2) .

ومع ذلك لا يخول انتقال الملكية للشفع طرد المستأجر للعقار الذي كان يستأجره قبل الشراء (3) .

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطار 252 ، 253 .

(2) يراجع : الوسيط د / المنهري 9 / 701 - 717 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدرأوى 408 .

وما بعدها ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 388 ، الوجيز في الحقوق العينية د / محمود زكي 487 - 493 ، مجموعة أحكام للنقض 5 / 220 ، طعن رقم 103 جلسة ( 31 / 10 / 1946 ) طعن 88 جلسة ( 14 / 11 / 1957 ) س 8 ص 798 ، طعن 224 لسنة 58 ق نقض مدني جلسة 1995 / 5 / 23 م .

(3) يراجع : مجلة للحاماة العدد الأول سنة 2000 ص 51 ( طعن رقم 669 لسنة 63 ق جلسة 2 / 5 / 2000 ) .



## 2 - حلول الشفيع محل المشتري :

نصت المادة 945 من القانون المدني على أنه :

- 1 - يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته .
- 2 - وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع.
- 3 - وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

ومن خلال هذا النص يتبين أن العقد الذي ينتقل به الملكية إلى الشفيع لا يفسخ بالحكم الصادر في دعوى الشفعة ، وإنما تتحول الالتزامات والحقوق التي قد ترتبت على هذا العقد من ذمة المشتري إلى ذمة الشفيع .

فيحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات من تاريخ التراضي أو الحكم بثبوت الشفعة ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع كتقديم المستندات الدالة على الملكية والتوقيع أمام الجهات المختصة على نقل الملكية ، وكذلك يلتزم بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع إذا لم يكن قد سلمه إلى المشتري، وإذا هلك في يده فضمانه عليه ويرد الثمن إلى الشفيع إن كان قد تسلمه أو نقصت قيمته ، ويلتزم الشفيع بدفع الثمن للبائع إذا لم يكن قد دفعه إلى المشتري إذا ثبتت الشفعة بالتراضي، وإن ثبتت بالنقاضي فيتسلمه البائع من خزانة المحكمة<sup>(1)</sup> .

ويلتزم الشفيع بدفع الثمن فوراً ولو كان متفقاً على تأجيله أو بتسيطه للمشتري، لأنه لا يحق للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضا البائع ، لأن الأجل قد يكون لاعتبارات شخصية بين البائع والمشتري والثقة في المشتري ، وقد يرضى

---

(1) يراجع : الوسيط د / المبهوري 738/9 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدرلوي 401 وما بعدها.

البائع بمنح الأجل للمشتري ولا يرضى لغيره، وإن كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع فيكون حقا للمشتري.

ويلتزم الشفيع قبل المشتري بتعويضه عن المصروفات الضرورية كرسوم التسجيل والتصدق، والسمرة، والنفقات النافعة التي أنفقها قبل الأخذ بالشفعة، كطلاء البناء إن كان حسن النية، ويعتبر كذلك إذا كان هذا الإنفاق قبل إعلان الرغبة، ويعتبر سيء النية إذا أنفق بعد إعلان الرغبة ولا يستحقها.

وما أخذ المشتري من ثمار وزروع قبل إعلان الشفيع رغبته فهي له، لأنه حسن النية ولو استحق العقار المبيع للغير بعد أخذه بالشفعة، فلا يرجع الشفيع على المشتري وإنما يرجع على البائع، لأن البائع يلتزم بضمان تعرضه الشخصى المادى والقانونى وضمان الاستحقاق، والعيوب الخفية، ويلتزم البائع للشفيع كما كان يلتزم للمشتري، لأنه محل محل المشتري فى جميع الحقوق قبل البائع، ولو تسلم المشتري العقار للتم بسلامته إلى الشفيع وإذا هلك فى يده هلك عليه، ولا يلتزم برد ثمار العقار وغلته إلا بعد صدور حكم نهائى بثبوت الشفعة وقبل ذلك فهي من حقه وحده (1).

### 3 - تصرفات المشتري فى العقار المشفوع فيه :

قد يقع من المشتري تصرف فى العقار المشفوع فيه وقد يكون هذا التصرف ماديا وقد يكون قانونيا :

#### أ - التصرفات المادية :

تنص المادة 946 من القانون المدنى على أنه :

1 - إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

---

(1) الرجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 494 - 501 ، شرح أحكام حق الملكية د/ عبد الناصر الطار 250 ، 253 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كحلل مرسى 4 / 338 - 348.

2 - ولما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة ، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس " (1).

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الوضعى قد عامل المشتري معاملة طيبة لا بأس بها فى كلتا الحالتين ، ففي الحالة الأولى : جعل له الخيار بين أن يطالب الشفيع بالمبلغ الذى أنفقه فى البناء أو الغراس ، أو ما زاد فى قيمة العقار بسببهما ، فالمشتري أن يقتضى أكبر القيمتين : قدر ما أنفقه ، أو قدر ما زاد فى قيمة العقار بسبب ما أنفقه .

وفى الحالة الثانية : إذا بنى أو غرس بعد إعلان الرغبة فقد علمه المشرع الوضعى معاملة تفضل معاملة البائى فى ملك غيره بسوء نية ، حيث يكون لصاحب الأرض الخيار بين استبقاء المنشآت ودفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض .

أما هنا : فالشفيع بالخيار بين الإزالة وإعادة العقار إلى ما كان عليه على نفقة المشتري مع التعويض إن كان له وجه ، وبين استبقاء البناء والغراس مع دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل ونفقات الغراس ، فى الالتصاق الخيار لمالك الأرض لا للبائى والمشتري فى الواقع لا يعد بائيا أو غارسا فى أرض غيره بل بنى وغرس فى ملكه .

#### ب - التصرفات القانونية :

تنص المادة 947 من القانون المدنى على أنه : " لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر عن المشتري ولا أى حق عينى رتبته أو ترتب ضده إذا كان ذلك كله قد تم بعد التاريخ الذى

(1) يرجع : الوسيط د / المنهوى 9 / 765 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطار 251

الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 498 ، 499

سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمار العقار " .

ويستفاد من هذا النص أن المشتري إذا تصرف فى العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة بالبيع أو بغيره أو رتب حقا عليه كرهن ، أو ارتفاق وقيد أو سجل ، فنصرفه صحيح ويكون نافذا فى مواجهة الشفيع ، لأن الحق ترتب على عقار يملكه المشتري فيجوز له البيع والهبة ، وليس للشفيع إلا أن يرجع عليه ويظعن بالصورية .

لما إذا تمت هذه التصرفات ، أو ترتبت على العقار حقوق بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا تسرى على الشفيع ، ويمتد فى طلب الشفعة ويخلص العقار له خاليا من أى حقوق ، وليس للدائنين المقيدين حقهم تتبع العقار فى يد الشفيع ، ولكن لهم ميزة الأولوية على الثمن الذى استحقه المشتري ، وكذا لا يحتج بالبيع فى مواجهة الشفيع (1) .

---

(1) يراجع : الوسيط د / المنهورى 9 / 779 ، 781 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 503 ، 504 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر المطار 201 - 204 .

## المطلب الثالث

### الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من كيفية التملك الجبرى بالشفعة

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما  
يلى :

1 - لقد تبين أن القانون الوضعى يوجب على الشفيع لكى يملك المبيع المثفوع فيه  
أن يعلن رغبته فى الشفعة إلى كل من البائع والمشتري وهو بذلك يتفق مع الفقه  
الإسلامى .

لأن ذلك يقابل طلب الموائبة والتقرير والإشهاد ، إلا أن الأمر فى الإجراءات قد  
يختلف اختلافا يسيرا وما ذلك إلا لمناسبة كل عصر ، فقديما كان المجتمع صغيرا  
يستطيع الجار أن يعلم بتصرف جاره فى العقار ، فيكفى أن يظهر رغبته بما يسمى  
طلب الموائبة والتقرير والإشهاد ، أما فى العصر الحاضر : وقد اتسع نطاق  
المجتمع ولا يعلم الجار غالبا بتصرفات جاره ، فمن هنا تطلب القانون أن ينذر  
البائع أو المشتري الشفيع إنذارا رسميا ، وأن يعطى مهلة لإعلان رغبته ، وأن  
يسجل هذا الإعلان للاحتجاج به على الغير ، وكل ذلك لا يتنافى مع روح الفقه  
الإسلامى ، وإن كان القانون الوضعى قد أعطى مهلة للشفيع تبلغ أسبوعين لإعلان  
رغبته ، هذا وإن كان معقولا إلا أنه لا يتفق مع التضييق الذى ابتغاه المشرع  
الوضعى من وضع للشفعة ، ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء المسلمين إلى إعطاء  
مهلة للشفيع لإعلان رغبته قد تصل إلى ثمانين سنة ( الظاهرية ، وبعض الشافعية ،  
وبعض الإمامية ) .

2 - لقد وافق القانون الوضعى بعض الفقهاء المسلمين فى إيجاب إيداع الشفيع ثمن  
المبيع ، وهذا يتفق مع ما يقتضيه العصر الحاضر من نظام الإيداع بخزانة  
المحكمة حفاظا على حقوق الخصوم فى الدعوى ، لأن القضاء بالشفعة قبل  
إحضار الثمن يتضمن ضررا بالمشتري لاحتمال إفلاس الشفيع .

3 - لقد وافق القانون الوضعي ما ذهب إليه بعض الفقهاء " زفر وأبو يوسف ومحمد بن الحسن " من وجوب رفع الدعوى أو طلب الخصومة والتملك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة لمراعاة مصلحة المشتري والشفيع أيضا (1).

4 - لقد اتفق القانون الوضعي مع ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ومن وافقهم من أن الشفيع لا يستفيد بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضا البائع .

5 - لقد اختلف للفقه الوضعي في وقت التملك كما اختلف فيه بين الفقه الإسلامي والراجع أنه من وقت الحكم لا من وقت الطلب ، ولا من وقت البيع ، لأن وقت الحكم هو المنشأ لحق الشفيع .

6 - لقد وافق القانون الوضعي ما ذهب إليه أبو حنيفة في حال البناء والغراس بعد طلب الشفعة ، لأنه أقدم على الغراس والبناء وهو يعلم أن العين متوخذ منه فإن كلف القلع والهدم فهو الجاني على نفسه ، وأخذ القانون الوضعي برأى الجمهور إن كان البناء والغراس قبل الطلب ، لأنه يتصرف في ملكه والمشتري غير متوقع لطلب الشفعة ، فيكون الخيار له في القلع وعدمه أو أخذ قيمة ما زاد بسببه في قيمة العقار .

من خلال ما سبق يتضح أنه قد لا يكون هناك اختلافا بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ولم لا وقد استمدت أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية .....

" هذا والله أعلم "

---

(1) راجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 248 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 210 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 284.

# فَهْرُسُ الْمَوْضُوعَاتِ





9	.....المقدمة
21	..... <b>الفصل التمهيدي</b>
25	.....المبحث الأول : تعريف الحق
25	.....المطلب الأول : تعريف الحق في الفقه الإسلامي
33	.....المطلب الثاني : تعريف الحق في القانون الوضعي
37	.....المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من تعريف الحق
41	.....المبحث الثاني : تعريف التملك الجبري
41	.....المطلب الأول : تعريف التملك الجبري في الفقه الإسلامي
47	.....المطلب الثاني : تعريف التملك الجبري في القانون الوضعي
	.....المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
51	.....من تعريف التملك الجبري
53	.....المبحث الثالث : مشروعية التملك الجبري
53	.....المطلب الأول : مشروعية التملك الجبري في الفقه الإسلامي
57	.....المطلب الثاني : مشروعية التملك الجبري في القانون الوضعي
	.....المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
61	.....من مشروعية التملك الجبري
63	.....المبحث الرابع : حالات التملك الجبري
63	.....المطلب الأول : حالات التملك الجبري في الفقه الإسلامي
69	.....المطلب الثاني : حالات التملك الجبري في القانون الوضعي
	.....المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
73	.....من حالات التملك الجبري
75	.....المبحث الخامس : أسباب التملك الجبري

- المطلب الأول : أسباب التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى ..... 75
- المطلب الثانى : أسباب التملك الجبرى فى القانون الوضعى ..... 79
- المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
- من أسباب التملك الجبرى ..... 83
- المبحث السادس : شروط التملك الجبرى وضوابطه ..... 85
- المطلب الأول : شروط التملك الجبرى وضوابطه فى الفقه الإسلامى 5.... 8
- المطلب الثانى : شروط التملك الجبرى وضوابطه فى القانون الوضعى...
- المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
- من شروط التملك الجبرى وضوابطه ..... 95

### الباب الأول

- التملك الجبرى عن طريق عقود جبرية ..... 97
- الفصل الأول : التملك الجبرى عن طريق عقود بيع جبرية ..... 101
- المبحث الأول : بيع مال المدين جبرا عنه ..... 101
- المطلب الأول : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه ..... 101
- الفرع الأول : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه
- فى الفقه الإسلامى ..... 103
- الفرع الثانى : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه
- فى القانون الوضعى ..... 129
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من الحجر على المدين
- وبيع ماله جبرا عنه ..... 141
- المطلب الثانى : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه 143
- الفرع الأول : شروط تملك الدائن لدينه
- وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه فى الفقه الإسلامى ..... 143

- الفرع الثاني : شروط تملك للدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه
- 157..... في القانون الوضعي
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من لشروط
- 173..... وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه
- 175..... المبحث الثاني : بيع المرهون جبرا عن الراهن
- 175..... المطلب الأول : تعريف الرهن وبيان حكمه
- 175..... الفرع الأول : تعريف الرهن وبيان حكمه في الفقه الإسلامي
- 189..... الفرع الثاني : تعريف الرهن وبيان حكمه في القانون الوضعي
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
- 199..... من تعريف الرهن وبيان حكمه
- المطلب الثاني : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا
- 201..... عن الراهن
- الفرع الأول : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا
- 201..... عن الراهن في الفقه الإسلامي
- الفرع الثاني : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا
- 213..... عن الراهن في القانون الوضعي
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من كيفية تملك
- 229..... المرتهن لحقه جبرا عن الراهن
- 231..... المبحث الثالث : بيع الأشياء المحترقة جبرا على محتكرها
- 231..... المطلب الأول : تعريف الاحتكار وبيان حكمه
- 231..... الفرع الأول : تعريف الاحتكار وبيان حكمه في الفقه الإسلامي
- 247..... الفرع الثاني : تعريف الاحتكار وبيان حكمه في القانون الوضعي

- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من تعريف الاحتكار
- 255 ..... وبيان حكمه
- المطلب الثاني : شروط الاحتكار
- 257 ..... وتملك الأشياء المحكرة جبرا على محتكرها
- الفرع الأول : شروط الاحتكار وتملك الأشياء المحكرة
- 257 ..... جبرا على محتكرها في الفقه الإسلامي
- الفرع الثاني : شروط الاحتكار وتملك الأشياء المحكرة
- 277 ..... جبرا على محتكرها في القانون الوضعي
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من شروط الاحتكار
- 283 ..... وتملك الأشياء المحكرة جبرا
- المبحث الرابع : بيع الأموال والملك جبرا على مالكها
- 287 ..... بالسعر الذي يعينه الحاكم
- المطلب الأول : تعريف التسعير الجبري وبيان مشروعيته
- 287 ..... الفرع الأول : تعريف التسعير الجبري وبيان مشروعيته
- 287 ..... في الفقه الإسلامي
- الفرع الثاني : تعريف التسعير الجبري وبيان مشروعيته
- 309 ..... في القانون الوضعي
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
- 315 ..... من تعريف التسعير الجبري ومشروعته
- المطلب الثاني : شروط الإجبار على البيع بالسعر الذي يعينه الحاكم
- 317 ..... الفرع الأول : شروط الإجبار على البيع بالسعر الذي يعينه الحاكم
- 317 ..... في الفقه الإسلامي

- الفرع الثانى : شروط الإيجاب على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم
- 325..... فى القانون الوضعى
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من شروط الإيجاب
- 333..... على البيع بالسعر المعين
- المبحث الخامس : بيع الأموال جبراً على أصحابها للنفقة الواجبة عليهم ..
- 335..... المطلب الأول : تعريف النفقة وأسبابها
- 335..... الفرع الأول : تعريف النفقة وأسبابها فى الفقه الإسلامى
- 391..... الفرع الثانى : تعريف النفقة وأسبابها فى القانون الوضعى
- 405..... الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من تعريف النفقة وأسبابها
- 407..... المطلب الثانى : تملك من يجب له النفقة جبراً عن تلزمه عند امتناعه
- الفرع الأول : تملك من يجب له النفقة جبراً عن تلزمه عند امتناعه
- 407..... فى الفقه الإسلامى
- الفرع الثانى : تملك من يجب له النفقة جبراً عن تلزمه عند امتناعه
- 421..... فى القانون الوضعى
- الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من تملك من يجب له
- 431..... للنفقة جبراً عن تلزمه عند امتناعه
- 433..... الفصل الثانى : التملك الجبرى عن طريق الأخذ بالشفعة
- 433..... المبحث الأول : تعريف الشفعة ومشروعيتها
- 433..... المطلب الأول : تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه الإسلامى
- 445..... المطلب الثانى : تعريف الشفعة ومشروعيتها فى القانون الوضعى
- المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون من تعريف الشفعة
- 453..... ومشروعيتها

455	المبحث الثاني : شروط استحقاق الشفعة.....
455	المطلب الأول : شروط استحقاق الشفعة فى الفقه الإسلامى.....
477	المطلب الثانى : شروط استحقاق الشفعة فى القانون الوضعى.....
	المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
491	من شروط استحقاق الشفعة.....
493	المبحث الثالث : من تثبت له الشفعة.....
493	المطلب الأول : من تثبت له الشفعة فى الفقه الإسلامى.....
511	المطلب الثانى : من تثبت له الشفعة فى القانون الوضعى.....
527	المطلب الثالث: الموازنة بين موقف الفقه والقانون فيمن تثبت له الشفعة ..
529	المبحث الرابع : كيفية التملك الجبرى بالشفعة.....
529	المطلب الأول : كيفية التملك الجبرى بالشفعة فى الفقه الإسلامى.....
	المطلب الثانى : كيفية التملك الجبرى بالشفعة فى القانون الوضعى.....
	المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه والقانون
567	من كيفية التملك الجبرى بالشفعة.....
569	فهرس الموضوعات.....







**المركز الرئيسي : مصر - المحلة الكبرى - السبع بنات - 24 شارع عدلي يكن**

**هاتف : 0020402224682 فاكس : 0020402220395 مرسول : 0020123161984**

**القروع : القاهرة - 38 شارع عبد الحافق ثروت - الدور الثالث**

**هاتف : 002023958860 فاكس : 0020223911044 مرسول : 0020122212067**

**المطابع : مصر - المحلة الكبرى - السبع بنات - 57 شارع رشدي**

**هاتف : 0020402227367 فاكس : 0020402220395 مرسول : 0020169861486**

**تابعونا عبر الإنترنت**

**www.darshatat.com**

**البريد الإلكتروني**

**info@darshatat.com**

**info@darshatat.com**



Bibliotheca Alexandrina



0808867